

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

HENRIQUE DOMENICI DE ALENCAR

**EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM FACE
DA VARIAÇÃO CAMBIAL**

**CURITIBA
2010**

HENRIQUE DOMENICI DE ALENCAR

**EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM FACE DA VARIAÇÃO
CAMBIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Parana.

Orientador: Prof. Dr. EGON BOCKMAN
MOREIRA

CURITIBA
2010

TERMO DE APROVAÇÃO

HENRIQUE DOMENICI DE ALENCAR

Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Administrativos em face da Variação Cambial

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

EGON BOCKMANN MOREIRA
Orientador

RODRIGO LUÍS KANAYAMA
Primeiro Membro

ALEXANDRE DITZEL FARACO
Segundo Membro

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| RESUMO..... | 06 |
| PARTE 1 – CONTRATOS ADMINISTRATIVOS..... | 07 |
| 1.1 – PRESSUPOSTOS GERAIS..... | 07 |
| 1.2 – CONCEITOS DE CONTRATO ADMINISTRATIVO..... | 09 |
| 1.3 – CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO SENTIDO AMPLO..... | 11 |
| 1.3.1 – ACORDOS DE VONTADE DA ADMINISTRAÇÃO..... | 12 |
| 1.3.2 – CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO..... | 12 |
| 1.3.3 – CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO SENTIDO RESTRITO..... | 13 |
| 1.3.3.1 – PRESENÇA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... | 14 |
| 1.3.3.2 – FINALIDADE PÚBLICA..... | 14 |
| 1.3.3.3 – OBEDIÊNCIA À FORMA PRESCRITA EM LEI..... | 15 |
| 1.3.3.4 – PROCEDIMENTO LEGAL..... | 16 |
| 1.3.3.5 – CONTRATOS DE ADEÇÃO..... | 16 |
| 1.3.3.6 – NATUREZA <i>INTUITU PERSONAE</i> | 17 |
| 1.3.3.7 – PRESENÇA DE CLÁUSULAS EXORBITANTES..... | 18 |
| 1.3.3.8 – MUTABILIDADE..... | 19 |
| PARTE 2 – EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO..... | 22 |
| 2.1 – HISTÓRICO | 22 |
| 2.2 – CONCEITO..... | 25 |
| 2.3 – PRESENÇA NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO..... | 27 |
| 2.4 – INTANGIBILIDADE DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO..... | 32 |
| PARTE 3 – HIPÓTESES DE RUPTURA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO..... | 37 |
| 3.1 – DIFERENCIAÇÃO ENTRE EVENTOS ORDINÁRIOS E EXTRAORDINÁRIOS..... | 37 |
| 3.2 – DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM DECORRÊNCIA DE EVENTO DA ÁREA ADMINISTRATIVA | 42 |
| 3.2.1 – MODIFICAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO PELA ADMINISTRAÇÃO..... | 42 |
| 3.2.2 – FATO DA ADMINISTRAÇÃO..... | 43 |
| 3.2.3 – FATO DO PRÍNCIPE..... | 47 |
| 3.3 – DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM DECORRÊNCIA DE EVENTO DA ÁREA ECONÔMICA..... | 51 |
| 3.3.1 – EVENTOS DE FORÇA MAIOR, CASO FORTUITO E SUJEIÇÕES IMPREVISTAS..... | 51 |
| 3.3.2 – EVENTOS EXTERNOS AOS CONTRATOS E ESTRANHO À VONTADE DAS PARTES, IMPREVISÍVEL E INEVITÁVEL – TEORIA DA IMPREVISÃO..... | 54 |
| PARTE 4 – EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO EM FACE DA VARIAÇÃO CAMBIAL..... | 61 |

| | |
|---|----|
| 4.1 – DESVALORIZAÇÃO CAMBIAL E A RUPTURA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.... | 61 |
| CONCLUSÃO..... | 65 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 67 |

RESUMO

Esta monografia versa sobre o princípio do equilíbrio econômico-financeiro, através da análise sobre seu conceito e presença no ordenamento jurídico pátrio, assim como as hipóteses fáticas que podem levar à sua ruptura. Como princípio que deve ser aplicado obrigatoriamente nos contratos administrativos em sentido restrito, o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato é considerado intangível e representa a relação de encargos e contraprestações originalmente pactuada no momento da contratação de um particular com a Administração Pública. Para compreender a natureza do princípio do equilíbrio econômico-financeiro, este trabalho busca demonstrar quais específicos eventos podem gerar a ruptura deste equilíbrio de maneira que a Administração Pública torna-se obrigada a restabelecê-lo, e o que diferencia estes eventos dos riscos naturais existentes em qualquer outra operação comercial guiada pelo lucro. Este trabalho ao seu final foca na ruptura do equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos causada pela variação cambial, como ocorreu de maneira recorrente nas últimas décadas devido às naturais incertezas da política cambial e o cenário econômico global, tendo como exemplo mais radical a maxidesvalorização do Real em 1999. Com as incertezas do mercado cambial, os empresários licitantes devem possuir a segurança jurídica concedida pela intangibilidade da equação econômico-financeira, que garante ao particular contratado que a mesma relação entre encargos e benefícios originalmente pactuada deve permanecer até o final da execução contratual.

PARTE 1 – CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1.1 – Pressupostos Gerais

O instituto do contrato possui sua origem no Direito Privado, e é definido por FRANCISCO AMARAL como *“o acordo de vontades contrapostas para o fim de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, em que uma das partes pode exigir da outra uma prestação economicamente apreciável”*.¹

Nos termos de MARIA HELENA DINIZ, *“contrato é o acordo entre a manifestação de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”*.²

Conforme estabelece o notório jurista italiano ENZO ROPPO, os contratos possuem uma função ideológica que coloca-se de acordo com os variados contextos e as várias formas de organização econômico-social prevalentes em cada momento histórico.³

Logo, para este doutrinador, considera-se que a moderna concepção de contrato reflete a ideologia predominante durante o início do capitalismo, em uma fase de avanço social para a burguesia e de consolidação da Revolução Industrial.

Logo, o contrato em sua vestimenta atual deve ser compreendido como resultado do desenvolvimento econômico-social e da concretização da burguesia como classe economicamente predominante. O contrato é uma ferramenta desenvolvida para possibilitar as operações necessárias para o correto desenvolvimento das relações econômicas presentes em nossa sociedade.

Considerado como um instituto plenamente capaz de instrumentalizar diferentes interesses patrimoniais, independente de antigos preceitos como os presentes no *Ancient Regime*, o contrato tornou-se essencial para o avanço do capitalismo, um corolário dos princípios da igualdade e liberdade.

¹ AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução, p. 141

² DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e Prático dos Contratos, p. 09

³ ROPPO, Enzo. O contrato, p. 28

Porém, com o desenvolvimento pleno do instituto contratual como ferramenta necessária ao funcionamento de um sistema econômico capitalista, o contrato tornou-se aplicável a outros ramos do Direito, abrangendo uma série de instrumentos jurídicos originados no concurso de vontades.

Consequentemente, tornou-se necessária a distinção entre o contrato em sentido estrito e os demais instrumentos jurídicos similares. De acordo com ORLANDO GOMES, enquanto o conceito de contrato em sentido estrito permanece tratando do acordo de vontades capaz de produzir efeitos obrigacionais na esfera patrimonial, os demais negócios jurídicos plurilaterais são considerados contratos em sentido amplo.⁴

Conforme acima mencionado, é clara a origem do contrato no Direito Privado, porém, com a crescente utilização deste instituto em diversos outros ramos do Direito, assim como o Direito Administrativo, o contrato tornou-se próprio da Teoria Geral do Direito. Logo, os diferentes ramos do Direito passaram a criar princípios e especificidades aplicáveis apenas aos contratos em sua área, criando assim diferenciações entre contratos de diferentes ramos.

Enquanto o contrato avançou de maneira específica para possibilitar novas relações patrimoniais privadas no Direito Civil, o mesmo instituto avançou em direções doutrinárias diferenciadas quando aplicável em outras áreas, como no Direito do Trabalho.

Neste sentido, vários autores consagrados do Direito, como o Professor ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, afirmam que o contrato, como instituto legal, pertence à Teoria Geral do Direito:

“... o contrato é uma categoria jurídica que não pertence nem ao direito privado nem ao direito público, com carácter de exclusividade. Insere-se no direito e como tal deve ser estudado”.⁵

Conforme aponta HELY LOPES MEIRELLES, todos os contratos, independente de sua natureza pública ou privada, são dominados por dois princípios nucleares: *pacta sunt servanda*, que determina a observância do pactuado pelas partes, e *lex inter partes*, que impede a alteração arbitrária

⁴ GOMES, Orlando. Contratos, p. 08

⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Administrativo, p. 109

unilateral do que as partes convencionaram.⁶ HELY LOPES MEIRELLES ainda aponta as peculiaridades existentes que caracterizam o contrato administrativo e o distingue do contrato privado:

*“No Direito Privado a liberdade de contratar é ampla e informal, salvo as restrições da lei e as exigências especiais de forma para certos ajustes, ao passo que no Direito Público a Administração está sujeita a limitações de conteúdo e requisitos formais rígidos, mas, em contrapartida, dispõe sempre dos privilégios administrativos para a fixação e alteração das cláusulas de interesse público e até mesmo para por fim ao contrato em meio de sua execução”.*⁷

Como o presente trabalho de monografia dedica-se especificamente ao Direito Público e aos Contratos Administrativos, seguiremos abaixo focando a conceituação e principais características dos contratos administrativos.

1.2 – Conceitos de Contrato Administrativo

Conforme ocorre na grande maioria dos diferentes institutos jurídicos analisados pela doutrina, a noção de contrato administrativo não é uniforme para os diferentes doutrinadores pátrios, gerando diferentes interpretações e aplicações.

A expressão *contrato administrativo* é utilizada como referência a uma das espécies de manifestação da atividade administrativa. Como exemplo de ato bilateral celebrado pela Administração Pública, os contratos administrativos são definidos legalmente pela Lei 8.666/1993, art. 2, parágrafo único:

“Considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

De acordo com o doutrinador paranaense MARÇAL JUSTEN FILHO, o contrato administrativo é “o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa”.⁸

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, p. 194

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Idem, p. 194

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, p. 352

Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, o contrato administrativo deve ser compreendido como *“um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força da lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo do objetivo, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado”*.⁹

HELY LOPES MEIRELLES apresenta a concisa definição em que conceitua contratos administrativos como *“o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”*.¹⁰

Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO a expressão *contrato administrativo* é reservada para *“designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”*.¹¹

De acordo com estas definições, proferidas por autores considerados parte da doutrina predominante no estudo do Direito Público pátrio, os contratos administrativos possuem como sua finalidade clara possibilitar a efetivação de objetivos considerados de interesse público. Esta questão será aprofundada posteriormente neste trabalho.

CARLOS ARI SUNDFELD apresenta o seu conceito como *“contrato (isto é, o vínculo sinalagmatico e obrigatório, consensualmente estabelecido) administrativo (isto é, submetido ao sistema do direito administrativo) celebrado entre a Administração – ou quem lhe faça as vezes – e terceiros, em que: a) a determinação exata do objeto é feita posteriormente à sua celebração, por atos administrativos unilaterais; b) as pretensões da Administração se materializam em decisões auto executórias; e c) é intangível o equilíbrio da equação econômico-financeira inicialmente estabelecido”*.¹²

Após a análise dos conceitos compreendidos pelos doutrinadores acima, identificam-se pontos fundamentais comuns, sendo estes: a) presença da Administração Pública (ou quem lhe faça as

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, p. 560

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, p. 194

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, p. 251

¹² SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e contrato administrativo, p. 214

vezes) em um dos polos; b) alterabilidade unilateral das condições preestabelecidas; e c) incidência do regime jurídico de Direito Público.

Como estabelecido inicialmente neste capítulo, o contrato deve ser compreendido como instituto pertencente à Teoria Geral do Direito. O contrato administrativo, especificamente, é aplicável em concordância com diversos outros institutos e princípios do Direito Público aplicáveis à Administração Pública.

Para compreender o alcance e aplicabilidade deste instituto quando em concordância com os princípios do Direito Público, os contratos administrativos devem ser analisados de acordo com as diferentes especificidades e funções, como se analisa em seguida.

1.3 – Contratos Administrativos no Sentido Amplo

Como demonstrado pela definição legal apresentada, sob o nome *contrato administrativo* estão compreendidas situações jurídicas distintas. Neste sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO opina pela imprecisão do termo amplamente utilizado, segundo o autor, de maneira imprópria pela doutrina e até pela Constituição Federal de 1988, mais precisamente no artigo 175 que trata sobre a prestação de serviços públicos.¹³

No mesmo sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO identifica como uma das principais dificuldades no estudo do contrato administrativo exatamente a pluralidade de figuras abrangidas por este conceito, eis que a expressão “contrato administrativo” comporta diversas espécies, devendo ser considerada um gênero contratual, e não uma forma única de contrato.¹⁴

Ao interpretar amplamente o instituto do contrato administrativo, considerando assim o contrato administrativo como um acordo de vontades, apto a gerar direitos e obrigações, em que presente um sujeito integrante da Administração Pública, MARÇAL JUSTEN FILHO considera abrangida neste conceito três diferentes modalidades contratuais, sendo que cada espécie de contrato recebe um regime jurídico distinto aplicável.¹⁵

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, p. 558

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, p. 351

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Idem, p. 354

Com exceção do contrato administrativo em sentido restrito, espécie contratual que será analisada extensivamente no próximo capítulo, são abordadas abaixo, de maneira superficial, as demais modalidades contratuais reconhecidas pela doutrina pátria:

1.3.1- Acordos de Vontade da Administração

Estes acordos tratam especificamente de convenções destinadas a ordenar atuações orientadas à satisfação de necessidades coletivas, não presente qualquer finalidade lucrativa nesta modalidade contratual.¹⁶ São exemplos citados pela doutrina os Convênios Públicos, Consórcios Públicos, Contratos Fiscais e Termos de Ajuste de Conduta, utilizados regularmente, entre outros, em processos de improbidade administrativa.

1.3.2- Contratos de Direito Privado

Esta categoria envolve os contratos privados em que uma das partes é um ente da Administração. Usualmente, tais contratos são celebrados em prol da realização do chamado interesse secundário da Administração. Neste caso, a Administração assume o mesmo papel que um particular normalmente assumiria na celebração de um contrato.

É certo que os contratos de Direito Privado firmados pela Administração não estão submetidos a um regime jurídico totalmente privado, pois há forte presença de princípios de Direito Público que não podem ter sua aplicabilidade afastada, mesmo por iniciativa dos representantes da Administração Pública. Logo, deve ser ressaltada a incidência de um regime jurídico especial composto por normas e princípios naturais tanto do regime de Direito Público como do Direito Privado.

A incidência do regime de Direito Público é garantida pela Lei 8.666/1993, artigo 62, parágrafo 3, que prevê a aplicação deste regime inclusive nos contratos privados praticados pela Administração Pública. Porém, em face do regime jurídico especial aplicado neste específico caso, não podem ser exercidas pela Administração as prerrogativas normalmente atribuídas pelo regime de Direito Público.

Para MARÇAL JUSTEN FILHO, os contratos de direito privado entram em cena quando constatada a impossibilidade de submissão integral de certos segmentos do mercado às regras de

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Idem, p. 354

direito público, ou seja, devido às especificidades do setor da iniciativa privada a que a contratação se relaciona.¹⁷

Para outros autores, a razão da utilização dos Contratos de Direito Privado pela Administração Pública reside apenas em seu fator econômico, pois tais contratos geram menos despesas e possuem menos formalidades se comparados aos Contratos Administrativos em Sentido Restrito.

Ao analisarmos a realidade da Administração Pública brasileira, com a atuação das diversas pessoas de Direito Público, não é possível ignorar a utilização recorrente de Contratos de Direito Privado para evitar formalidades próprias das diversas modalidades contratuais aplicáveis, muitas vezes com finalidades inidôneas que promovem interesses próprios privados.

Porém, ao analisarmos razões teóricas idôneas que resultam na escolha pelos Contratos de Direito Privado pela Administração, a possibilidade apresentada por MARÇAL JUSTEN FILHO em relação às especificidades de setores da iniciativa privada resulta na utilização recorrente desta modalidade contratual, com a adição das ocasiões legalmente determinadas.

Como previsto na Lei 8.666/1993, artigo 62, parágrafo 3, I, os contratos de Direito Privado devem ser utilizados nos contratos de seguro, financiamento e de locação em que o Poder Público seja locatário.

1.3.3- Contratos Administrativos (Sentido Restrito)

Através da última edição de seu *Curso de Direito Administrativo*, MARÇAL JUSTEN FILHO define o contrato administrativo em sentido restrito como *“um acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que uma das partes, atuando no exercício da função administrativa, é investida de competências para inovar unilateralmente as condições contratuais e em que se assegura a intangibilidade da equação econômico-financeira original”*.¹⁸

Ao analisarmos os doutrinadores mais consagrados, nos deparamos com conceituações similares sobre a figura do contrato administrativo em sentido restrito. Buscando a melhor metodologia para definir este importante instituto do Direito Público, identificaremos abaixo os pontos fundamentais comuns entre os membros da doutrina.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Idem, p. 486

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Idem, p. 408

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ao analisar os contratos administrativos de sentido restrito, relaciona oito características de presença obrigatória:¹⁹

1.3.3.1 - Presença da Administração Pública

Nos contratos administrativos demonstra-se obrigatória a presença da Administração Pública em um dos pólos contratuais, ainda sendo privilegiada com prerrogativas que garantem a supremacia do interesse público. O contrato administrativo deve ser reconhecido como um instrumento jurídico do Poder Público, logo a presença da Administração como seu representante é obrigatória.

1.3.3.2 - Finalidade Pública

O contrato administrativo obrigatoriamente busca a concretização de interesses públicos, pois caso qualquer ato ou contrato administrativo buscasse finalidades diferentes seria um caso de claro desvio de poder. Como instrumento jurídico da Administração Pública, o contrato administrativo possui como finalidade a satisfação de direitos fundamentais e necessidades coletivas.

Para o respeitado autor italiano RENATO ALESSI, o Estado possui como dever buscar a realização dos chamados interesses coletivos primários. Neste sentido:

*“... interesse coletivo primário, formado pelo complexo dos interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse da estrutura administrativa – se é que pode ser concebido um interesse da estrutura administrativa unitariamente considerada –, seria simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir ao interno de uma coletividade, e que podem ser realizados somente no caso de coincidência, e nos limites de tal coincidência, com o interesse coletivo primário”.*²⁰

Conforme se compreende da citação acima, apenas devem ser considerados como de finalidade pública os interesses primários. Assim, exatamente por exercer uma função pública, a Administração não pode operar como um ente privado, sendo obrigatória a presença da finalidade pública em suas atividades, inclusive em relação aos contratos que firma com terceiros privados.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, p. 261

²⁰ ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo*, p. 197

Ficam assim proibidos quaisquer atos administrativos, o que claramente inclui contratos administrativos em sentido restrito, que busquem a concretização de interesses privados de terceiros ou mesmo interesses secundários da Administração.

Infelizmente, dada a realidade em relação ao cenário político pátrio atual, não é raro localizar contratos administrativos, assim como demais atos administrativos, que busquem quase exclusivamente a concretização de interesses privados. Porém, estes atos são inquestionavelmente irregulares e ilegais.

1.3.3.3 - Obediência à forma prescrita em lei

A totalidade dos atos administrativos, o que inclui os contratos administrativos em sentido restrito, devem a todo momento ser realizados conforme os procedimentos previamente estipulados pelos legisladores. MARÇAL JUSTEN FILHO analisa esta obrigatoriedade:

*“A produção do contrato administrativo é estritamente procedimentalizada. A existência, a validade e a eficácia do contrato administrativo dependem da observância de formalidades indispensáveis, previstas em lei”.*²¹

De acordo com o texto constitucional, especificamente estipulado através do artigo 22, Inciso XXVII, a União possui competência legislativa privativa para a promulgação de normas gerais de licitação e contratação.

“Artigo 22 – Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III”.

Para fins de controle de legalidade, foram estabelecidas através da legislação inúmeras normas referentes à forma e estrutura dos contratos administrativos.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Idem, p. 421

Como exemplos, podemos mencionar a Lei n 8.666/93 (Lei de Licitação e Contratos Públicos), Lei 8.987/95 (Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos), Lei 11.079/2004 (Lei de Parcerias Público-Privadas) e a Lei n 4.320/64 (Normas gerais de Direito Financeiro).

1.3.3.4 - Procedimento legal

Através da legislação, tanto constitucional como ordinária, foram estabelecidos procedimentos que, adaptados à modalidade contratual aplicável ao caso concreto, demonstram-se necessários para a celebração de contratos administrativos.

A Constituição Federal, através do artigo 37, XXI, estabeleceu como obrigatória a realização de licitações previamente a celebração de contratos de obras, serviços, compras e alienações:

“Artigo 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...) XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Ainda de acordo com a Carta Magna, através do artigo 175, a licitação é novamente tida como obrigatória para a concessão de serviços públicos:

“Artigo 175 – Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação dos serviços públicos”.

1.3.3.5 - Contrato de Adesão

Em qualquer modalidade de contrato administrativo em sentido restrito, é a Administração Pública quem deve fixar unilateralmente as cláusulas contratuais regulamentares, sem qualquer forma de consulta ou manifestação por parte dos concorrentes privados.

Enquanto as cláusulas econômicas dos contratos administrativos são claramente influenciadas pelos particulares contratantes, que estabelecem através da licitação a melhor proposta, as cláusulas regulamentares não são alteradas pelos particulares, já que tratam a respeito do objeto contratado e sua forma de execução, hipóteses de rescisão e responsabilidades das partes.

Os candidatos nos certames licitatórios devem apresentar suas propostas de maneira compatível com as cláusulas regulamentares determinadas pela Administração Pública, sendo que durante o processo licitatório são discutidas apenas as cláusulas econômicas que constituem o equilíbrio econômico-financeiro contratual.

HELY LOPES MEIRELLES leciona neste sentido:

*“O que não se admite são cláusulas que concedam maiores vantagens ao contratado que as originalmente previstas ou que, por outro qualquer motivo, sejam prejudiciais à Administração”.*²²

1.3.3.6 - Natureza *intuitu personae*

Os contratos administrativos precedidos de licitações devem ser firmados em razão das condições pessoais do contratado apurados durante a fase de habilitação do procedimento licitatório, tendo em vista os seus requisitos pessoais, analisados de forma objetiva, sob pena de burla ao processo licitatório²³. A legislação de licitações e contratos administrativos, especificamente através da Lei 8.666/93, estabeleceu normas exatamente para impedir a substituição do contratado, tendo em vista que este foi o vitorioso na licitação exatamente por suas condições pessoais. Neste sentido, segue abaixo transcrição do artigo 78 da lei em questão:

“Artigo 78. Constituem motivos para rescisão do contrato:

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 221

²³ BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*, p. 153

(...)VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

(...) XI – a alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;”.

1.3.3.7 - Presença de cláusulas exorbitantes

As cláusulas exorbitantes presentes na totalidade dos contratos administrativos, seja de maneira implícita ou explícita, através de normas ou cláusulas expressas contratuais, são assim denominadas pelo seu caráter ilícito caso presentes em contratos celebrados entre particulares, sendo aceitas tais cláusulas apenas em contratos celebrados com a Administração Pública, tendo como finalidade a promoção da supremacia do interesse público.

Tais cláusulas, exatamente pela clara posição de vantagem que fornecem à Administração Pública, não podem ser aplicadas em contratos privados. Isto porque, diferentemente do que ocorre com os contratos administrativos devido à supremacia do interesse público, os contratos privados devem criar uma situação igualitária entre as partes contratantes.

MARCUS VINÍCIUS BITTENCOURT classifica as cláusulas exorbitantes como instrumentos do Poder Público para atingir sua finalidade de promoção dos interesses públicos, nos seguintes termos:

*“Essa posição especial da Administração Pública, no entanto, não confere um poder absoluto sobre o desenvolvimento do contrato, pois as prerrogativas deferidas não significam privilégios, mas apenas os poderes instrumentais necessários para o Estado realizar os seus fins”.*²⁴

De acordo com a doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos concedem à Administração Pública a possibilidade de instabilizar o vínculo, seja alterando unilateralmente termos pactuados a respeito das obrigações dos contratantes ou extinguindo unilateralmente o vínculo contratual.²⁵

²⁴ BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*, p. 151

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 615

Ainda, são consideradas cláusulas exorbitantes aplicáveis na prática aos contratos administrativos, previstas pela Lei 8.666/93, a exigência de garantias, fiscalização das prestações e aplicação de penalidades por parte da Administração.

Estas formas de instabilização são prerrogativas da Administração, criadas pelo legislador como mecanismos para promover a supremacia do interesse público. Porém, importante ressaltar que a supremacia do interesse público não é absoluta, razão pela qual permanecem protegidas da instabilidade promovida pelas cláusulas exorbitantes a identidade do objeto da avença e a plena garantia dos interesses patrimoniais do particular contratante.²⁶ Assim, as disposições relativas à remuneração escapam ao poder de modificação unilateral da Administração.²⁷

Tendo em vista a posição superior em que se encontra a Administração nos contratos administrativos, é assegurado ao particular-contratante o equilíbrio econômico-financeiro original do seu contrato, ou seja, a intangibilidade da relação original entre encargos e benefícios. Esta questão será analisada de maneira mais profunda posteriormente neste trabalho.

1.3.3.8 - Mutabilidade

A mutabilidade dos contratos administrativos em sentido restrito, para muitos doutrinadores, decorre exclusivamente de outra característica previamente analisada, a presença de cláusulas exorbitantes. Isto ocorre pela presença de determinadas cláusulas que, tendo em vista a proteção de interesses públicos, conferem à Administração Pública o poder de rescindir contratos e alterar cláusulas contratuais de maneira unilateral.

Porém, além da mutabilidade decorrente das cláusulas exorbitantes, há outras circunstâncias que repercutem nos contratos administrativos e resultam na alteração do equilíbrio inicialmente estabelecido entre os encargos assumidos e as contraprestações asseguradas.

Devem ser consideradas como possíveis ensejadores da mutabilidade contratual, além das cláusulas exorbitantes de titularidade do Poder Público, os fatos imprevisíveis e eventos das áleas ordinária, administrativa ou econômica.

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Idem, p. 616

²⁷ RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, p. 111

Em relação aos fatos imprevisíveis, há uma divergência doutrinária sobre seu preciso significado. Também denominados como “casos fortuitos” ou de “força maior”, os fatos imprevisíveis são definidos por JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO como:

*“São fatos imprevisíveis aqueles eventos que constituem o que a doutrina tem denominado de força maior e de caso fortuito. Não distinguiremos estas categorias, visto que há grande divergência doutrinária na caracterização de cada um dos eventos. Alguns autores entendem que a força maior é o acontecimento originário da vontade do homem, como é o caso da greve, por exemplo, sendo o caso fortuito o evento produzido pela natureza, como os terremotos, as tempestades, os raios e os trovões”.*²⁸

Independente de sua conceituação pela doutrina, os efeitos dos fatos imprevisíveis sobre os contratos administrativos estão previstos na Lei de Licitação e Contratos Públicos (Lei 8.666/93), mais especificamente no inciso II, § 1º, do artigo 57:

“Artigo 57 – A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

§ 1º – Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

II – Superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato”.

Ao tratarmos dos eventos das áleas ordinária, administrativa ou econômica, adentramos obrigatoriamente no estudo do equilíbrio econômico-financeiro contratual. Isto porque, dependendo da natureza dos eventos, e caso destes resulte a alteração do equilíbrio inicialmente estabelecido entre os encargos assumidos e as contraprestações asseguradas pelo particular-contratante em face da Administração Pública, o Poder Público responderá pela recomposição deste equilíbrio.

²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 458

Para compreender a mutabilidade dos contratos administrativos, previamente deve ser analisada a instituição do equilíbrio econômico-financeiro e sua intangibilidade. Este tópico será abordado no capítulo abaixo.

PARTE 2 – EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

2.1 – Histórico

A noção de equilíbrio-econômico financeiro como instituto aplicável aos contratos administrativos surgiu no direito francês. Previamente ao desenvolvimento das teorias modernas contratuais, os concessionários de serviços públicos executavam obras, serviços e demais funções estatais sujeitos a riscos similares aos presentes em qualquer outro negócio privado. Não havia qualquer excepcionalidade prevista que resultasse em alteração das condições inicialmente contratadas.

O tratamento fornecido pelo Estado aos particulares que realizavam funções estatais, sem qualquer previsão de alteração das condições contratadas, resultava em incertezas para o particular, pois fatos imprevisíveis a qualquer momento poderiam anular os cálculos previamente realizados para tornar a concessão lucrativa e atraente para a Administração. Não haviam garantias ao particular na época, apenas uma incerteza constante, o que várias vezes resultava na interrupção da prestação do serviço público ou de uma obra.

Com o desenvolvimento natural da figura contratual no ordenamento jurídico francês, em vista da necessidade de preservar as concessões públicas e buscando garantir uma prestação de serviço público de maneira contínua, houve uma relativização da figura da imutabilidade contratual.

Esta é a posição adotada pela doutrinadora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, para quem a recomposição passou a ser um direito do concessionário:

*“Passou-se a entender que deveria haver equivalência entre encargos e obrigações e, sempre que houvesse rompimento do equilíbrio estabelecido no início do contrato, o concessionário deveria ter direito à recomposição”.*²⁹

Com o desenvolvimento de teorias administrativistas que defendiam a aplicação de um equilíbrio nos encargos e remunerações dos contratos administrativos, protegido inclusive no caso de desequilíbrio gerado por eventualidades econômicas e políticas, o Conselho de Estado Francês iniciou a aplicação deste instituto na jurisprudência, que desenvolveu-se principalmente com relação aos contratos de concessão de serviços públicos.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O controle externo da regulação de serviços públicos. Artigo: O Equilíbrio-Econômico Financeiro e o Controle das Agências Reguladoras*, p 55.

Em 21 de março de 1910, o Conselho de Estado Francês, órgão hierarquicamente superior da jurisdição administrativa francesa, através do Comissário de Governo Léon Blum, proferiu acórdão em processo da *Compagnie Générale Française des Tramways*, produzindo uma espécie de rol de garantias em favor do particular contratado, assim determinando a obrigatoriedade em instituir a equivalência honesta entre obrigações e direitos do concessionário.³⁰ MARÇAL JUSTEN FILHO, em artigo publicado, apresenta reprodução traduzida de parte deste voto:

*“É da essência mesma de todo contrato de concessão de procurar e de realizar, na medida do possível, uma igualdade entre as vantagens que são acordadas ao concessionário e as cargas a ele impostas. As vantagens e cargas devem se equilibrar de modo a formar a contrapartida dos benefícios prováveis e das perdas previstas. Em todo contrato de concessão está implicada, como em uma operação aritmética, a equivalência honesta entre aquilo que é atribuído ao concessionário e aquilo que dele é exigido. É isso que se chama a equivalência financeira e comercial, a equação financeira do contrato de concessão”.*³¹

Após esta decisão do Conselho de Estado francês, desenvolveram-se uma série de teorias contratuais que passaram a relativizar a figura da imutabilidade nos contratos públicos.

Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, esta decisão teve efeito ímpar na relativização de princípios contratuais até então considerados intocáveis:

*“Os princípios tradicionais do contrato, entre os quais o pacta sunt servanda, foram sendo superados pela ideia de que o serviço público não pode parar e, em consequência, a de que podem ser feitas alterações, em especial nas cláusulas financeiras, necessárias para permitir a continuidade do contrato”.*³²

Com a relativização da imutabilidade contratual, os doutrinadores e aplicadores do direito buscavam uma forma de evitar a interrupção de obras ou da prestação de serviços públicos necessários devido a eventos que alterassem o equilíbrio inicialmente estabelecido entre os encargos de uma das partes e as contraprestações que lhe eram devidas.

³⁰ TÁCITO, Caio. Artigo: O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. *Temas de Direito Público*, p 202

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Artigo: Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessões de serviço público. *Direito do Estado – Novos Rumos*, p. 145

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, p. 97

Nos termos do clássico doutrinador francês GEORGES PEQUIGNOT:

*“O contratante tem direito à remuneração inscrita em seu contrato. Ele não consentiu seu concurso senão na esperança de um certo lucro. Aceitou tomar a seu cargo trabalhos e áleas que, se não houvesse querido contratar, seriam suportados pela administração. É normal que seja remunerado por isso. Além disso, seria contrário à regra da boa-fé, contrário também a qualquer segurança dos negócios, e portanto perigoso para o estado social e econômico que a administração pudesse modificar, especialmente reduzir a remuneração”.*³³

Como varios outros institutos do direito francês, o equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira, expressão equivalentemente utilizada pela doutrina) foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Porém, assim como ocorre com grande parte dos institutos jurídicos que são inseridos em ordenamentos jurídicos diversos, a concepção original da teoria do equilíbrio econômico-financeiro foi modificada pelo direito brasileiro, de acordo com parte relevante da doutrina nacional. Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *“no Brasil a noção de equilíbrio econômico-financeiro da concessão e da proteção que se lhe deve conferir é mais generosa para o concessionário”*.³⁴

Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, *“a diferença fundamental entre o Direito brasileiro e o francês consiste na concentração adotada entre nós, abarcando todas as diferentes concepções vigentes na França... a concepção da intangibilidade da equação econômico-financeira apresenta, no Brasil, relevância muito mais significativa do que a ela se reserva na França”*.³⁵

Conforme será posteriormente analisado, o direito brasileiro apresenta a mesma resposta face aos diversos eventos que geram o desequilíbrio dos encargos e contraprestações. Diferentemente, o direito francês apresenta respostas diferentes, de acordo com a natureza do evento que gerou o desequilíbrio analisado.

Esta pode ser considerada a diferença mais significativa entre este instituto em sua concepção original e sua versão recepcionada pelo direito pátrio. De qualquer maneira, é importante

³³ PEQUIGNOT, Georges. *Théorie générale du contract administratif*, p. 430

³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 658

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 387

ressaltar a existência de diferenças teóricas na aplicação e compreensão doutrinária deste instituto como aplicado na França e no Brasil.

2.2 – Conceito

Na ampla maioria dos casos aplicáveis, os contratos administrativos em sentido restrito firmados geram direitos e deveres equivalentes, também denominados pela doutrina como encargos e retribuições, aplicáveis para ambas as partes contratantes. Esta característica dos contratos administrativos é baseada exatamente no equilíbrio econômico-financeiro, que busca equacionar os encargos como a contrapartida das retribuições percebidas pelas partes contratantes.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO leciona que:

*“O equilíbrio econômico-financeiro constitui a relação que se estabelece no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo concessionário e a remuneração que lhe assegura a Administração por via do contrato”.*³⁶

Neste mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES:

*“O contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas por parte do contratado objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. Esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste, durante a execução do contrato, em sua plenitude, mesmo que a Administração se veja compelida a modificar o projeto, ou o modo e forma da prestação contratual, para melhor adequação às exigências do serviço público”.*³⁷

A citação acima estabelece de maneira cristalina, assim como mencionado por diversos outros autores, a necessidade de respeitar o contratante e sua mentalidade voltada ao lucro. A Administração Pública, de maneira contrária, não deve se pautar na busca pelo lucro em suas atividades, mas sim na melhor prestação possível de um serviço ou na realização de uma obra.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública, p. 57

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contratos Administrativos*, p. 208

Logo, exatamente por não buscar o lucro como objetivo primário estatal, a Administração deve respeitar integralmente os direitos do contratante em sua busca pela garantia do lucro inicialmente previsto.

Para DIOGENES GASPARINI, o equilíbrio econômico-financeiro apresenta-se como um dever-poder da Administração Pública:

*“É dever na medida em que se reconhece ao contratado particular o direito de ver, durante a vigência do ajuste ao qual empresta a sua colaboração, preservada a equação econômico-financeira. É poder nos exatos termos em que se sabe ser a Administração Pública contratante a única detentora da competência para restaurar o equilíbrio da mencionada relação encargo-remuneração, desbalanceada por certo evento”.*³⁸

De maneira sucinta, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO classifica a equação econômico-financeira como *“a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá”.*³⁹

JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS, em sua tese de mestrado apresentada em 2001 à banca da Universidade Federal do Paraná, apresenta a seguinte interpretação:

*“A ideia de equação financeira do contrato consiste em entender o contrato administrativo como formando um complexo de interesses aos quais as partes se condicionam, de modo que sob certas condições sempre que houver rompimento do equilíbrio inicialmente estabelecido, em detrimento do particular contratante, surge o direito a que este equilíbrio seja restabelecido pela Administração sob a forma de uma compensação pecuniária”.*⁴⁰

MARÇAL JUSTEN FILHO adota a seguinte definição:

³⁸ GASPARINI, Diogenes. *Reequilíbrio econômico financeiro do contrato*. *Boletim de Licitações e Contratos*, p. 406

³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 589

⁴⁰ SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos de Concessão de Serviços Públicos: Equilíbrio Econômico-Financeiro*, p.

“Equação econômico-financeira é a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato”.⁴¹

Importante notar que o instituto do equilíbrio econômico-financeiro não é aplicável apenas em relação ao aspecto financeiro dos contratos administrativos, a questão da remuneração devida ao particular, mas protege também inúmeras outras cláusulas contratuais, como prazos e periodicidades para pagamentos, e qualquer outra questão que altere a relação entre encargos e retribuições, qualquer questão que possa favorecer uma parte e prejudicar a outra, causando assim desequilíbrio quando considerado o acordo inicialmente estabelecido.

O posicionamento do Professor ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO demonstra-se de acordo com esta abrangência do equilíbrio econômico-financeiro:

“O equilíbrio econômico e financeiro do contrato administrativo representa exatamente isto, a relação entre os encargos e a remuneração a ser paga, alcançando não apenas os valores devidos ao particular, mas também o prazo estimado para o pagamento, a periodicidade dos pagamentos e qualquer outro direito que possa estar relacionado com os encargos. Deve haver absoluta consonância entre as imposições e a remuneração, sendo certo que a relação deve ser mantida em equilíbrio até a finalização do contrato”.⁴²

2.3 – Presença no Direito Constitucional Brasileiro

Apesar de não presente de maneira explícita, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro entre os encargos e obrigações originalmente pactuado pode ser reconhecido já no artigo 151 da Constituição Federal de 1946.

Enquanto ampla parte da doutrina apenas reconhece a positivação em sede constitucional do princípio na Constituição Federal de 1967, o artigo 151 da prévia Constituição Federal já estabelece a necessidade de revisão das tarifas para a melhor prestação de serviços públicos sob a responsabilidade de empresas concessionárias:

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, p. 517

⁴² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Administrativo, p. 116

“Art. 151 – A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais.

*Parágrafo único – **Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender as necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços.** Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato”.*⁴³

Conforme já expressado, do artigo apresentado pode ser reconhecida a intangibilidade do equilíbrio inicialmente criado entre encargos e benefícios, mesmo que de maneira embrionária. Enquanto não é explicitamente mencionado o equilíbrio econômico-financeiro, pode-se compreender do texto constitucional que, em face de alterações contratuais por parte do Poder Público, o particular contratante possui o direito de revisão de tarifas para possibilitar a justa remuneração do capital investido, assim como a prestação e expansão dos serviços públicos concedidos.

Porém, a primeira vez em que o equilíbrio econômico-financeiro é mencionado de maneira explícita em sede constitucional, o Brasil encontrava-se em outro capítulo de sua história política. Apenas com a Constituição Federal de 1967, após a promulgação da Emenda Constitucional 01/69, durante o período ditatorial que ocorreu após o Golpe Militar de 1964, o equilíbrio econômico-financeiro passou a ser explicitamente garantido e aplicado através da legislação constitucional brasileira, no termo abaixo:

“Art. 167 – A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I – obrigação de manter serviço adequado;

*II – tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e **assegurem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e;***

⁴³ Brasil, Constituição Federal de 1946. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>

*III – fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior”.*⁴⁴

Com base no artigo 167 da Constituição Federal de 1967, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Mandado de Segurança impetrado por *Companhia Dovas da Bahia* em face do *Presidente da República*, reconheceu o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro. De acordo com o acórdão de relatoria do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, o renomado doutrinador Min. Aliomar de Andrade Baleeiro, o reequilíbrio deve ocorrer obrigatoriamente após a alteração do contrato pela Administração:

*“Na concessão de serviço público, como ato complexo, meio regulamentar, meio contratual, o concedente pode modificar, por lei, o funcionamento do serviço, alterando o regime dos bens públicos envolvidos e até impondo novos ônus ao concessionário, desde que a este assegure o equilíbrio financeiro, para remuneração e amortização do capital efetivamente investido”.*⁴⁵

Atualmente, na Constituição Federal de 1988, marco político-jurídico que encerrou o período ditatorial e novamente estendeu o regime democrático ao Brasil, o equilíbrio econômico-financeiro pode ser reconhecido no texto do artigo 37, inciso XXI:

“Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de

⁴⁴ BRASIL, Emenda Constitucional n 1, de 17 de Outubro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/constituição/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>

⁴⁵ MS 17957, Relator Min. Aliomar Baleeiro, STF. RTJ 46/146

*qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.*⁴⁶

Dentre outras inovações estendidas ao Poder Judiciário pela atual Carta Magna, a criação do Superior Tribunal de Justiça resultou na divisão de matérias entre o STJ e o STF. O Superior Tribunal de Justiça mantém o entendimento da aplicabilidade do equilíbrio econômico-financeiro após a alteração de cláusulas regulamentares contratuais pela Administração:

“A prerrogativa de fixar e alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares é inerente à Administração. A despeito disso, há cláusulas imutáveis, que são aquelas referentes ao aspecto econômico-financeiro do contrato. Às prerrogativas da Administração, advindas das cláusulas exorbitantes do Direito Privado, contrapõe-se a proteção econômica do contratado, que garante a manutenção do equilíbrio contratual.

É escusado dizer que ninguém se submeteria ao regime do contrato administrativo se lhe fosse tolida a possibilidade de auferir justa remuneração pelos encargos que assume ou pagar justo preço pelo serviço que utiliza.

*Os termos iniciais da avença hão de ser respeitados e, ao longo de toda a execução do contrato, a contraprestação pelos encargos suportados pelo contratado deve se ajustar à sua expectativa quanto às despesas e aos lucros normais do empreendimento”.*⁴⁷

Apesar de não explicitamente previsto, é compreendido de maneira quase unânime pela doutrina e jurisprudência que o texto constitucional, ao mencionar *“mantidas as condições efetivas da proposta”*, trata do equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecido entre os encargos e prestações das partes contratantes.

Divergindo de parte da mais qualificada doutrina, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO considera que o texto constitucional não concedeu ao equilíbrio econômico-financeiro a devida

⁴⁶ BRASIL, Constituição Federal de 1988, de 5 de Outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>

⁴⁷ Resp 216018-DF, Relator Min. Franciulli Netto, STJ.

proteção legal, considerando-o vago e como uma *“garantia de âmbito restrito, pois não abrange todas as modalidades de contratos da Administração”*.⁴⁸

Ainda, segundo a Professora Titular de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo, não há menção da manutenção do equilíbrio no texto constitucional:

“Considerando que a Constituição de 1988 não menciona a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, tem-se que, na concessão, ou se aplica o princípio por analogia ou se conclui que a Constituição não previu tal princípio”.⁴⁹

Com um posicionamento diverso ao supracitado, CARLOS ARI SUNDFELD afirma que, ao se tratar de contratos administrativos, a regra da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecido está preservada e compreendida no regime jurídico nacional em decorrência de sua presença na Constituição Federal de 1988.⁵⁰

MARÇAL JUSTEN FILHO também considera que o texto constitucional fornece proteção adequada ao equilíbrio econômico-financeiro, pois é necessário *“interpretar-se o dispositivo no sentido de que as condições de pagamento ao particular deverão ser respeitadas segundo as condições reais e concretas contidas na proposta. Portanto, qualquer variação deverá ser repelida e repudiada”*.⁵¹

Compartilhando da mesma visão, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO observa que, como é investido de caráter constitucional, *“a garantia do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não poderia ser afetada nem mesmo por lei”*.⁵²

Ainda neste sentido, acentua ARNOLD WALD:

“A própria Constituição Federal assegura ao concessionário não só a equação econômica do contrato, ou seja, a manutenção de sua rentabilidade, mas, ainda, a equação financeira, isto é, o fluxo de caixa inicialmente previsto, o que exclui

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública, p. 99

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Artigo: *O controle externo da regulação de serviços públicos. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras*, p. 58

⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*, p. 239

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de serviços públicos*, p. 555

⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 565

*qualquer medida que possa, de um modo ou outro, afetar o cronograma das entradas de recursos”.*⁵³

O equilíbrio econômico-financeiro também está presente na legislação infra-constitucional, como na denominada Lei de Licitações e Contratos Públicos, Lei 8.666/93, e na Lei Geral de Concessões, Lei 8.987/95.

2.4 – Intangibilidade do Equilíbrio Econômico-Financeiro

Para a correta interpretação da disciplina dos contratos administrativos, demonstra-se necessária a compreensão da ocorrência da conjugação de interesses em um mesmo objeto. Além dos claros interesses públicos estabelecidos pela Administração, há também interesses privados que devem ser respeitados, já que o particular-contratado obviamente busca o lucro através de sua prestação. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ao tratar da conjugação de interesses, aponta que deve haver uma conciliação:

*“Conciliar duas ideias: de um lado, a de que, para o concessionário, a concessão constitui um empreendimento que visa ao lucro, mas que envolve determinados riscos; de outro, a de que, para a Administração, o objeto do contrato é um serviço público e, portanto, uma atividade que atende a necessidades da coletividade, e por isso mesmo, não pode parar”.*⁵⁴

Enquanto, em uma primeira análise, estes interesses possam aparentar ser antagônicos ou ainda mesmo incompatíveis, de impossível conciliação, na realidade tais interesses demonstram-se complementares. Ao analisar a possibilidade de conflitos entre os interesses públicos e privados, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO determina que o respeito mútuo de interesses antagônicos é exatamente o que justifica a intangibilidade da equação econômico-financeira.⁵⁵

Ainda segundo o respeitado doutrinador, a Administração não possui como interesse primário a busca de lucros, ao afirmar que *“o Poder Público não tem móvel de lucro, de ganho, de especulação. Seu móvel é apenas e tão-somente a utilidade pública”.*⁵⁶ Logo, a Administração não deve

⁵³ WALD, Arnold. *Renascimento do instituto da concessão*. Revista de Direito Administrativo, p. 11

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, p. 93

⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 581

⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Idem*, p. 582

buscar qualquer maneira de vantagem econômica sobre o particular-contratado, mas sim prezar pelo manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente estabelecido.

Conforme se depreende dos conceitos previamente apresentados, a precisa equação entre os encargos e retribuições existentes no momento da contratação é considerada intangível, logo deve ser preservada durante a integralidade do prazo de execução do contrato. É considerada irregular qualquer alteração da equação econômico-financeira que resulte no seu desequilíbrio.

MARÇAL JUSTEN FILHO, neste sentido, leciona que *“não é possível alterar, quantitativa ou qualitativamente, apenas o âmbito dos encargos ou tão-somente o ângulo das retribuições. Se forem adicionados encargos, rompe-se o equilíbrio, a não ser que também se ampliem as retribuições”*.⁵⁷

Utilizando a metáfora de um sistema de vasos comunicantes, CAIO TÁCITO manifesta-se pelo ajustamento das cláusulas econômicas para preservar a intangibilidade econômico-financeira do contrato:

“... um sistema de vasos comunicantes, ou uma relação necessária de causalidade, de que decorre o ajustamento do preço quando a prestação do serviço se modifica, quantitativa ou qualitativamente, ou quando se torna exorbitantemente onerosa”.⁵⁸

Conforme já previamente analisado neste trabalho, os contratos administrativos possuem como característica obrigatória a presença de cláusulas exorbitantes. Dentre tais cláusulas, que possuem previsão normativa na Lei 8.666/93, deve ser destacada a possibilidade de alteração unilateral do contrato por parte da Administração Pública.⁵⁹

Porém, a intangibilidade da equação econômico-financeira presentes nos contratos administrativos não coloca-se como impedimento à modificação do conteúdo de prestações fixadas,

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 390

⁵⁸ TÁCITO, Caio. *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público*. In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, p. 202

⁵⁹ A Administração pode utilizar-se desta cláusula em casos específicos determinados pelo artigo 65, inciso I, Lei 8.666/93, como no caso de alteração do projeto de execução do contrato ou de alteração do valor contratado.

*Art 65 – Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
I – unilateralmente pela Administração:*

*a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei.*

pois abrange apenas os seus efeitos patrimoniais. A intangibilidade possui como objetivo vedar qualquer modificação das chamadas cláusulas econômicas, responsáveis pelo sensível equilíbrio estabelecido no início do contrato entre encargos e retribuições.

A própria legislação pátria dos contratos administrativos reforça esta questão, demonstrando que as cláusulas exorbitantes não possuem como prerrogativa a alteração da equação econômico-financeira. O artigo 58 da Lei 8.666/93, após tratar da possibilidade de alterações unilaterais por parte da Administração e estabelecer que devem ser “... *respeitados os direitos do contratado*” no inciso I, tratando exatamente da manutenção do complexo equilíbrio econômico-financeiro, reforça claramente a intangibilidade da relação econômico-financeira contratual:

“§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”.

Neste sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO reforça a concordância entre a legislação dos contratos administrativos e a intangibilidade:

*“A Lei 8.666/93 reconheceu, de modo expresso, a intangibilidade das cláusulas econômico-financeiras à mutação imposta unilateralmente pela Administração”.*⁶⁰

A Lei 8.987, que trata sobre concessões de serviço público, através do artigo 9, parágrafo 4, no mesmo sentido determina que:

“Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”.

Em livro publicado por CÁRMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA, a Ministra do Supremo Tribunal Federal, tratando do artigo 9 da Lei 8.987, profere comentário classificando como dever da Administração preservar a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro:

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 529

*“A alteração das cláusulas referentes aos dados econômico-financeiros dos contratos de concessão ou permissão, quando tanto se faça necessário segundo os termos previstos legalmente, é não apenas uma possibilidade, mas até mesmo um dever da entidade pública”.*⁶¹

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO utiliza a mesma lógica, classificando a intangibilidade como um direito do concessionário, em suas palavras:

*“É pacificamente aceita a ideia de que o equilíbrio econômico-financeiro constitui-se em direito do concessionário e esta ideia esta tão arraigada na doutrina e na jurisprudência, que tal direito seria reconhecido ainda que não previsto em lei ou no contrato”.*⁶²

A mesma ideia se infere da precisa lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

*“... a equação econômico-financeira é um direito do contratante particular e não lhe pode nem lhe deve ser negado o integral respeito a ela”.*⁶³

Logo, após a análise de parte consagrada da doutrina e das normas positivadas na legislação infraconstitucional, não há qualquer razão para teorizar um conflito entre a faculdade que possui a Administração Pública de alterar determinadas condições contratuais e a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro. Isto porque, embora admita-se a alteração unilateral de encargos e retribuições do particular-contratado, o equilíbrio entre tais prestações deve permanecer intangível.

Além de visualizarmos a necessidade de reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro após alterações unilaterais de contratos administrativos, é necessário compreender que inúmeras outras hipóteses podem gerar a necessidade de salvaguardar a relação inicial entre encargos e vantagens.

De acordo com a Lei 8.666/93, principal norma da legislação de licitações e contratos, mais especificamente em seu artigo 65, inciso II, alínea d, o princípio da intangibilidade da equação

⁶¹ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. p. 106

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 93

⁶³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 595

econômico-financeira deve ser aplicado ainda quando a relação entre encargos e benefícios for afetada por eventos supervenientes imprevisíveis ou por eventos previsíveis de consequências incalculáveis.

Logo, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não se trata apenas de contrapartida em relação às alterações produzidas unilateralmente pela Administração. Em adição às hipóteses previstas pela Lei de Licitações e Contratos, de eventos imprevisíveis e eventos previsíveis de consequências incalculáveis, abarcando eventos das áleas ordinária, administrativa ou econômica, devem ser considerados também motivos de força maior, conforme se verá adiante.

PARTE 3 – HIPÓTESES DE RUPTURA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

3.1 – Diferenciação entre Eventos Ordinários e Extraordinários

Conforme analisado extensivamente nos capítulos acima, o equilíbrio econômico-financeiro é considerado intangível, logo a Administração deve realizar os esforços necessários para manter a relação entre encargos e benefícios inicialmente estabelecida durante toda a vigência do contrato administrativo.

Porém, quando ocorre a alteração dos encargos ou benefícios originalmente pactuados sem a equivalente alteração necessária para manter a equação original, considera-se violado o equilíbrio econômico-financeiro. No exato momento em que, devido a interferências fáticas nas cláusulas contratuais, ocorrem alterações na relação entre os encargos e benefícios, de maneira a desequilibrar a equação em relação ao equilíbrio originalmente estabelecido, é considerada violada a equação econômico-financeira contratual.

Logo, para apurar uma eventual quebra do equilíbrio econômico-financeiro, deve ser realizada uma análise comparativa entre a relação dos encargos e benefícios atuais e a relação estabelecida no momento da contratação. É exatamente a divergência entre as projeções originalmente estabelecidas e a realidade fática que demonstra a existência da ruptura do equilíbrio econômico-financeiro.

Porém, deve ser analisada a razão pela qual as projeções inicialmente estabelecidas e a realidade não coincidem. Obviamente, a Administração Pública não pode ser considerada responsável e ser obrigada a reparar o equilíbrio econômico-financeiro independentemente do evento que resultou na ruptura do equilíbrio.

O particular-contratante de um contrato administrativo, conforme analisamos previamente, possui como direito a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro, mas este direito obviamente não o isenta de prejuízos comuns, inerentes ao empreendimento, que podem ocorrer com qualquer empresário.

A responsabilidade do particular-contratante é seguidamente reiterada na Lei de Concessões de Serviço Público (Lei 8.987/95), através dos incisos II, III e IV do artigo 2º:

“Artigo 2º: Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I – poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

*II – concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, **por sua conta e risco** e por prazo determinado;*

*III – concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, **por sua conta e risco**, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;*

*IV – permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, **por sua conta e risco**".*

O legislador infra-constitucional assim estabeleceu que o particular-contratante deve ser responsabilizado e arcar com determinados riscos. Logo, instala-se uma dúvida, em relação a quais riscos devem ser arcados pelo particular como um empreendedor comum e quais riscos devem ser suportados pelo Estado, o que resulta na proteção do particular-contratante através do equilíbrio econômico-financeiro. Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, deve haver uma conciliação entre as duas possibilidades:

"Na realidade, tem-se que conciliar duas ideias: de um lado, a de que, para o concessionário, a concessão constitui um empreendimento que visa ao lucro, mas que envolve determinados riscos; de outro, a de que, para a Administração,

*o objeto do contrato é um serviço público e, portanto, uma atividade que atende a necessidades da coletividade e, por isso mesmo, não pode parar”.*⁶⁴

Consequentemente, há uma divisão em duas categorias em relação aos eventos que geram a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro. Enquanto os eventos considerados ordinários são de responsabilidade do particular-contratante e não ensejam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, os demais eventos são considerados extraordinários e resultam na recomposição do equilíbrio originalmente estabelecido. Em relação aos eventos extraordinários, LUCIA VALLE FIGUEIREDO:

*“Os ônus decorrentes de álea extraordinária não devem ser suportados apenas pelo contratado, uma vez que o objeto contratual vai ser usufruído pela coletividade”.*⁶⁵

No mesmo sentido, CARLOS ARI SUNDFELD opina pela obrigatoriedade da recomposição econômico-financeira ao analisar os eventos extraordinários:

*“Pode-se afirmar, então, que o regime jurídicos dos contratos da Administração, no Brasil, compreende a regra da manutenção da equação econômico-financeira originalmente estabelecida, cabendo ao contratado o direito a uma remuneração sempre compatível com aquela equação, e à Administração o dever de rever o preço quando, em decorrência de ato estatal (produzido ou não à vista da relação contratual), de fatos imprevisíveis ou da oscilação dos preços da economia, ele não mais permita a retribuição da prestação assumida pelo particular, de acordo com a equivalência estipulada pelas partes no contrato”.*⁶⁶

Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, a divisão doutrinária entre eventos ordinários e extraordinários demonstra-se acertada, pois o contratante deve ser responsabilizado exclusivamente pelos riscos próprios da atividade empresarial:

“A maneira de conciliar essas duas ideias é pela consideração de que as áleas ordinárias correm por conta do concessionário e não autorizam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro; as flutuações no lucro, para mais ou para

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 97

⁶⁵ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, p. 481

⁶⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*, p. 239

menos, não autorizam a revisão das cláusulas financeiras, já que se inserem na ideia de que a execução do serviço se faz por conta e risco do concessionário”.⁶⁷

Os chamados “eventos ordinários”, como deduzível de sua nomenclatura, são eventos e riscos considerados previsíveis, comuns, inerentes ao empreendimento, e devem ser arcados pelo particular contratante.

JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS classifica os eventos da álea ordinária como as intercorrências inerentes à própria vida empresarial, situações de risco impostas pelo mercado a qual o particular normalmente se submete quando se propõe a desenvolver uma atividade com o fito de auferir vantagem econômica ou lucro.⁶⁸

De acordo com CARLOS ARI SUNDFELD, as situações denominadas como pertencentes à álea ordinária são “as variações de preço que se tornaram comuns e previsíveis na economia moderna e que afetam quotidianamente o contrato administrativo”.⁶⁹

LUIZ ALBERTO BLANCHET também apoia a divisão doutrinária entre as áleas extraordinária e ordinária, ao argumentar em sua tese de Doutorado apresentada na Universidade Federal do Paraná que os efeitos da álea ordinária são previsíveis e não devem resultar na responsabilização estatal e decorrente recomposição do econômico-financeiro:

“(Os efeitos da álea ordinária) não impõem a necessidade de alteração contratual destinada a readaptar o contrato a circunstâncias novas, em razão de serem, como o próprio nome denuncia, ordinárias, ou seja, habituais, comuns, normais, e, como tais, previsíveis. Por serem previsíveis, aqueles que se comprometem a desenvolver determinada atividade sujeita aos efeitos de tais áleas já inserem nos seus preços uma determinada margem destinada a neutralizar os efeitos dessas sujeições”.⁷⁰

Logo, com a caracterização dos eventos ordinários como eventos que não ensejam o reequilíbrio econômico-financeiro e que devem ser arcados unicamente pelo empreendedor como

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 98

⁶⁸ SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos de Concessão de Serviços Públicos: Equilíbrio Econômico-Financeiro*, p. 154

⁶⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitações e contratos administrativos*, p. 237

⁷⁰ BLANCHET, Luiz Alberto. *Alteração dos contratos administrativos*, p. 77

riscos naturais de uma atividade capitalista voltada ao lucro, devem ser analisados os eventos denominados como da álea extraordinária, que correspondem a riscos imprevisíveis, inevitáveis e não imputáveis ao particular-contratante.

Os eventos extraordinários são divididos em dois grupos, sendo estes os eventos extraordinários da álea administrativa e os eventos extraordinários da álea econômica. Conforme previamente relatado, a concepção originalmente criada na França da teoria do equilíbrio econômico-financeiro foi modificada quando introduzida no ordenamento jurídico brasileiro. Entre as diferenças existentes entre o direito francês e o brasileiro no tratamento deste instituto, devem ser ressaltados os diferentes efeitos jurídicos gerados.

Enquanto no direito francês a diferenciação entre os eventos extraordinários pertencentes aos grupos administrativo e econômico é relevante, pois resultam em diferentes efeitos jurídicos, o direito brasileiro estabeleceu a recomposição da equação econômico-financeira como resposta única aos eventos extraordinários, independente de sua classificação como pertencente à álea administrativa ou econômica.

Esta diferenciação em relação ao instituto do equilíbrio econômico-financeiro, entre o previsto no direito francês e o aplicado pelo ordenamento jurídico pátrio, pode ser facilmente demonstrada pelo previsto no artigo 65, inciso II, alínea d, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93):

“Artigo 65 – Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II – por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

Demonstrada a escolha do legislador por uma resposta única aos eventos extraordinários, independente de sua classificação, iremos analisar agora as diferentes hipóteses de desequilíbrio oriundas das áleas administrativa e econômica.

3.2 – Desequilíbrio Econômico-Financeiro em Decorrente de Evento da Álea Administrativa

De acordo com a classificação apresentada por JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS, existem três diferentes eventos que decorrem de condutas da Administração, comissivas ou omissivas.⁷¹

3.2.1- Modificação unilateral do contrato pela Administração

Conforme já analisado previamente neste trabalho, as modificações unilaterais das cláusulas contratuais por parte da Administração, faculdade decorrente de suas cláusulas exorbitantes e do princípio da soberania do interesse público, podem resultar na ruptura do equilíbrio econômico-financeiro.

JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS interpreta a prerrogativa de modificação unilateral do contrato de concessão por parte da Administração como um dever-poder inafastável:

*“A modificação unilateral do contrato de concessão não é uma faculdade do concedente. Constitui um dever-poder inafastável a ele conferido para a prossecução do interesse público. Renunciar a este dever-poder equivale a renunciar ao atendimento do interesse público, o que é reprovável de acordo com o sistema constitucional brasileiro”.*⁷²

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO argumenta que não há qualquer dúvida em relação à obrigação da Administração de reequilibrar os encargos e benefícios da relação contratual após a modificação unilateral contratual por parte do Poder Público:

*“No caso de alteração unilateral do contrato pelo poder concedente, não há dúvida de que por ela responde a Administração, incumbindo-lhe a obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido.”*⁷³

⁷¹ SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos de Concessão de Serviços Públicos: Equilíbrio Econômico-Financeiro*, p. 159

⁷² SANTOS, José Anacleto Abduch. *Idem*, p. 160

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 98

A jurisprudência pátria através do Superior Tribunal de Justiça reconhece o dever da Administração de, após a alteração unilateral contratual por sua iniciativa, reestabelecer o equilíbrio inicialmente pactuado:

“2. Persiste o dever de indenizar os prejuízos causados em decorrência de interrupção temporária de obra pública, por iniciativa da Administração. 3. Embora legítima a interrupção contratual, impõe-se o dever de indenizar os prejuízos suportados pelo particular em decorrência da paralisação, para resguardar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.”⁷⁴

3.2.2- Fato da Administração

Para compreendermos o fato da administração e a necessidade do reestabelecimento do equilíbrio originalmente estabelecido, utilizaremos a apurada conceituação de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

*“O fato da Administração compreende qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico”.*⁷⁵

No mesmo sentido CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO classifica o fato da administração como uma violação contratual por parte do Poder Público,⁷⁶ enquanto HELY LOPES MEIRELLES considera o fato administrativo como *“toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede sua execução”*.⁷⁷

O fato administrativo deve ser considerado como uma infração direta e específica sobre o contrato, mais especificamente aos deveres contratuais assumidos pela Administração Pública. Como resultado direto do fato administrativo, há exclusão da responsabilidade do particular-contratante pela inexecução do objeto contratado.

Em seu consagrado manual de Direito Administrativo Brasileiro, HELY LOPES MEIRELLES apresenta um rol de exemplos de fatos da administração:

⁷⁴ STJ, Resp 734.696/SP, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. Em 16/10/2007, publicado em 07/04/2009

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 100

⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 585

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 258

“É o que ocorre, p. ex., quando a Administração deixa de entregar o local da obra ou serviço, ou não providencia as desapropriações necessárias, ou atrasa os pagamentos por longo tempo, ou pratica qualquer ato impeditivo dos trabalhos a cargo da outra parte”.⁷⁸

Ainda, pode ser utilizado como exemplo de fatos administrativo o retardo por parte da Administração Pública na entrega de documentos necessários ao cumprimento do contrato, assim como a entrega tardia ou insuficiente de materias cuja responsabilidade exclusiva é prevista contratualmente como da Administração.

Como possíveis resultados práticos do fato da administração em uma relação contratual administrativa, devem ser considerados a suspensão da execução do contrato, a paralisação definitiva e, logicamente, o desequilíbrio econômico-financeiro entre os encargos e benefícios inicialmente estabelecidos.

Parcela significativa da doutrina, ao tratar do fato da administração, ressalta a impossibilidade da aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*. Tradicionalmente utilizada nos contratos bilaterais de Direito Privado, a exceção de contrato não cumprido prevê a possibilidade de uma parte, sob o fundamento de que as suas obrigações são correlativas às obrigações da outra parte, paralise suas obrigações enquanto exige o cumprimento das obrigações reservadas à outra parte.

A polêmica em relação à possibilidade de utilização ou não desta exceção decorre da classificação do fato da administração como uma infração contratual. Porém, tendo em perspectiva o princípio da continuidade, estruturalmente imprescindível ao se teorizar os contratos administrativos, a doutrina e a jurisprudência, em sua maioria, vedam a paralisação por parte do particular-contratado como resposta ao fato da administração.

Apesar de demonstrar-se indiscutivelmente necessário o adimplemento por parte da Administração de seus encargos contratuais, o eventual inadimplemento não permite ao particular abandonar seus encargos pela proteção ao princípio da continuidade do serviço público.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO aborda o tema em seu manual de Direito Administrativo:

⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Idem, p. 223

*“No direito administrativo o particular não pode interromper a execução do contrato, em decorrência dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular”.*⁷⁹

Com a promulgação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666), foram estabelecidas pelo legislador duas situações hipotéticas em que seria autorizado ao particular-contratante suspender a execução de um contrato administrativo.

A primeira hipótese está descrita no artigo 78, inciso XV, em que é concedida ao contratado a opção de suspender a execução do contrato em caso de atraso de mais de noventa dias dos pagamentos por parte da Administração:

“Artigo 78 – Constituem motivo para rescisão do contrato:

XV – O atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação”.

A segunda hipótese também encontra-se no artigo 78, desta vez no inciso XVI, em que é concedida ao contratado a opção de suspender a execução do contrato em caso de omissão por parte da Administração de providências previstas contratualmente:

“Artigo 78 – Constituem motivo para rescisão do contrato:

XVI – A não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto”.

É devido ressaltar que a legislação previu apenas como opção do particular a paralisação da execução contratual, pois caso o particular resolva continuar com a execução contratual terá direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, p. 254

Porém, de acordo com MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, os incisos acima apresentados não são aplicáveis em relação aos contratos de concessão, devido ao artigo 6º, § 3º, da Lei 8.987, que apresenta as únicas hipóteses em que é válida a interrupção do contrato pelo concessionário:⁸⁰

“Artigo 6 – Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§3º – Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I – Motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e

II – Por inadimplemento do usuário, considerando o interesse da coletividade”.

A Lei de Concessão de Serviço Público ainda estipula, no artigo 39, como única opção ao particular-contratante que encontra-se impedido de realizar a execução contratual, o requerimento da rescisão contratual. Porém, de acordo com seu parágrafo único, até que se obtenha específica autorização administrativa ou judicial, o particular encontra-se impedido de interromper a execução contratual:

“Artigo 39 – O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

Parágrafo único – Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado”.

Ao analisar o artigo 39 e seu parágrafo único da Lei 8.987, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO considera de excessivo rigor a norma, e se posiciona favoravelmente a relativização do princípio da continuidade do serviço público de acordo com o caso concreto:

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 101

*“Não se pode pretender que, em qualquer circunstância de descumprimento do contrato pelo poder concedente, tenha o concessionário que arcar com todas as conseqüências, por mais ruinosas que sejam, até a final da Justiça, que pode levar até alguns anos(...). O que é importante, em face do princípio da continuidade do serviço público, é que se retire do concessionário a faculdade de interromper, a seu talante, a prestação do serviço; mas não é aceitável que dela se retire o poder de defender, por todos os meios judiciais cabíveis, a saúde financeira da empresa contra riscos de danos provocados pela atuação indevida da Administração”.*⁸¹

Antes de avançarmos ao próximo evento extraordinário da álea administrativa, deve ser registrado o posicionamento contrário de MARÇAL JUSTEN FILHO em relação à maior parte da doutrina administrativista no concernente ao fato da administração.

Para o consagrado doutrinador paranaense, o fato da administração, como ato ilícito contratual, gera como dever a indenização do particular por perdas e danos, solução jurídica que não se confunde com o reequilíbrio econômico-financeiro por parte da Administração. MARÇAL JUSTEN FILHO continua ao se manifestar pela impresição do termo “fato da administração”, que não possuiria qualquer fundamento lógico jurídico. Apesar de gerar a quebra do equilíbrio econômico-financeiro original, o inadimplemento por parte da Administração deve se subordinar a tratamento jurídico próprio, a indenização por perdas e danos, razão pela qual o particular pode recusar o reequilíbrio da equação econômico-financeira.⁸²

Como previamente estipulado, este posicionamento permanece contrário à parcela majoritária da doutrina administrativista pátria.

3.2.3- Fato do Príncipe

O fato do príncipe é o último evento extraordinário da álea administrativa analisado por este trabalho, e é definido com maestria por HELY LOPES MEIRELLES:

“Fato do príncipe é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Idem, p. 102

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, p. 527/528

*administrativo. Essa oneração, constituindo uma álea administrativa extraordinária e extracontratual, desde que intolerável e impeditiva da execução do ajuste, obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução, e, se esta for impossível, rende ensejo à rescisão do contrato, com as indenizações cabíveis”.*⁸³

O fato do príncipe prevê a possibilidade do particular-contratante requerer, através da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, indenização em face de ato lícito e regular imputável ao Estado. Como destaca MARÇAL JUSTEN FILHO, *“o ponto nuclear da teoria do fato do príncipe reside em que a lesão patrimonial derivada de um ato estatal válido, lícito e perfeito é objeto de indenização”.*⁸⁴

Ao estabelecer uma obrigação de indenizar por parte da Administração decorrente de um ato estatal perfeito, a teoria do fato do príncipe busca conceder proteção jurídica aos particulares-contratantes. O fato do príncipe, como uma teoria administrativista, busca prevenir que o particular-contratante seja lesado economicamente por alterações estatais que produzam efeitos onerosos no exercício de atividades necessárias ao cumprimento da execução de contratos administrativos. Para JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS, o *fato do príncipe* é uma medida de justiça:

*“É medida de justiça não tolerar que apenas um particular suporte um prejuízo que aproveita toda a sociedade, ou ao menos, a um grupo determinado”.*⁸⁵

O fato do príncipe, de acordo com CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, corresponde à hipótese de ruptura do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de medidas jurídicas que agem indiretamente sobre o contrato:

*“Agravos econômicos resultantes de medidas tomadas sob titulação jurídica diversa da contratual, isto é, no exercício de outra competência, cujo desempenho vem a ter repercussão direta na economia contratual estabelecida na avença”.*⁸⁶

⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, p. 222

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, p. 522

⁸⁵ SANTOS, José Anacleto Abduch. Idem, p. 170

⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, p. 583

JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS reconhece que, diferentemente do fato da Administração, que repercute de forma direta e imediata na relação contratual, o fato do princípio repercute indiretamente no contrato, originado na atuação ordinária e regulamentar pública, pois motivado por ação genérica estatal que, embora sem pretender atingir a relação contratual, provoca nela modificações que desequilibram o equilíbrio econômico-financeiro originalmente pactuado.⁸⁷

A jurisprudência pátria, através do Supremo Tribunal Federal, reconheceu o dever da Administração, em face de legislação estadual que confere isenção a motocicletas em praças de pedágio sem qualquer forma de compensação aos concessionários, reestabelecer o equilíbrio inicialmente pactuado:

*“1. A lei estadual afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de obra pública, celebrado pela Administração capixaba, ao conceder descontos e isenções sem qualquer forma de compensação. 2. Afronta evidente ao princípio da harmonia entre os poderes, harmonia e não separação, na medida em que o Poder Legislativo pretende substituir o Executivo na gestão dos contratos administrativos celebrados”.*⁸⁸

CARLOS ARI SUNDFELD afirma claramente que, qualquer norma posterior que repercute nos encargos e benefícios originalmente pactuados pelo contrato administrativo enseja a revisão e recomposição da equação econômico-financeira:

*“Quaisquer disposições normativas cujo surgimento repercute comprovadamente nos preços, bem como quaisquer outros encargos criados, alterados ou extintos após sua fixação, dão ensejo à revisão da remuneração”.*⁸⁹

Em seu manual de Direito Administrativo, MARÇAL JUSTEN FILHO analisa o *fato do princípio* e suas diferentes interpretações doutrinárias. De acordo com sua concepção originalmente estabelecida no direito francês, o *fato do princípio* apenas ocorreria quando a autoridade pública contratante é a responsável pela medida que onera o particular-contratante, ou seja, o ato público que altera a relação entre encargos e benefícios e rompe o equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecido deve ser de autoria da mesma autoridade pública que integra a relação contratual

⁸⁷ SANTOS, José Anacleto Abduch. Idem, p. 166

⁸⁸ STF, ADIn 2.733, Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. Em 26/10/2005, publicado em 03/02/2006

⁸⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*, p. 243

administrativa como representante do Poder Público. Ainda, é necessário que o ato público pertença a um campo de competência estranho ao contrato.⁹⁰

Como originalmente concebida pela doutrina francesa, a teoria do *fato do príncipe* não é aplicada quando o ato estatal que resulta na ruptura do equilíbrio econômico-financeiro houver sido produzido por autoridade estatal distinta daquela que integra a relação contratual. Logo, caso seja produzido ato estatal que aumente os encargos de um particular-contratante, porém tal ato seja de autoridade diversa à autoridade contratante, não deve ser aplicada a teoria do *fato do príncipe*, mas sim a teoria da imprevisão, que será analisada adiante como pertencente à álea econômica.

A doutrina pátria demonstra-se dividida neste assunto. Enquanto parte da doutrina opta pela manutenção da concepção original francesa, como leciona MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, outra parte da doutrina opta por não formular distinção quanto à identidade da autoridade administrativa responsável pela ato estatal, como teorizam MARÇAL JUSTEN FILHO e JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, que por sua vez afirma:

*“Parte da doutrina entende que o fato deve emanar da mesma pessoa jurídica que celebrou o ajuste. Com a devida vênia, entendemos que ‘o príncipe’ é o Estado ou qualquer de suas manifestações internas, de modo que nos parece aplicável a teoria se, por exemplo, um ato oriundo da União Federal atingir um particular que tenha contratado com um Estado-membro”.*⁹¹

Conforme já previamente analisado, a classificação do evento que causou a ruptura do equilíbrio como decorrente de *fato do príncipe* ou da teoria da imprevisão possui importante finalidade no direito francês, isto devido aos diferentes efeitos jurídicos gerados por eventos extraordinários pertencentes aos grupos administrativo e econômico dos eventos extraordinários.

Porém, no direito brasileiro esta diferenciação demonstra importância apenas em termos acadêmicos, pois os eventos extraordinários sempre resultam na recomposição integral da equação econômico-financeira, independente de sua natureza econômica ou administrativa.

Este trabalho considera que o fato do príncipe ocorre independente da pessoa jurídica pública autora do ato analisado, descartando a necessidade de identidade entre o representante da

⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 521

⁹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 178/179

Administração Pública que é parte do contrato administrativo e o representante da Administração Pública que é responsável pelo ato que onera substancialmente a execução do contrato administrativo.

Assim, compreende-se que este instituto sofreu alterações teóricas ao ser incorporado e adaptado ao Ordenamento Jurídico pátrio, assim como ocorreu com inúmeros outros institutos jurídicos importados.

3.3 – Desequilíbrio Econômico-Financeiro em Decorrente de Evento da Álea Econômica

Os eventos da álea econômica, em adição aos eventos da álea administrativa, completam o rol de eventos extraordinários que resultam na recomposição do equilíbrio econômico-financeiros dos contratos administrativos. Os eventos são divididos em duas diferentes possibilidades, sendo estes os casos de força maior, caso fortuito e sujeições imprevistas e os eventos abrangidos pela teoria da imprevisão.

3.3.1- Eventos de força maior, caso fortuito e sujeições imprevistas

Como já previamente analisado, a ruptura da equação econômico-financeira também pode ocorrer em decorrência de fatos de força maior ou caso fortuito. A Lei 8.666/93, em seu artigo 78, prevê a possibilidade de rescisão do contrato devido a estes eventos:

“Artigo 78 – Constituem motivos para rescisão do contrato:

XVII – A ocorrência de caso fortuito ou força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato”.

Apesar da maior parte da doutrina não reconhecer qualquer distinção entre força maior ou caso fortuito, HELY LOPES MEIRELLES realiza a diferenciação ao conceituar as duas figuras:

“Força maior: é o evento humano que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratado impossibilidade intransponível de regular execução do contrato. Assim, uma greve que paralise os transportes ou a fabricação de um produto de que dependa a execução do contrato é força maior, mas poderá deixar de sê-lo se não afetar totalmente o cumprimento do ajuste, ou se o contratado contar com outros meios para contornar a incidência de seus efeitos no contrato.

Caso fortuito: é o evento da natureza que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratado impossibilidade intransponível de regular execução do contrato. Caso fortuito é, p. ex., um tufão destruidor em regiões não sujeitas a esse fenômeno; ou uma inundação imprevisível que cubra o local da obra(...).⁹²

Assim, como características presentes tanto nos eventos de força maior como nos eventos de caso fortuito, temos a imprevisibilidade do evento, a inevitabilidade de sua ocorrência e o impedimento absoluto e intransponível que o evento causa na regular execução contratual. Caso não presente uma destas características, o evento não é considerado de força maior ou caso fortuito, assim não resultando na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

O impedimento absoluto da regular execução contratual pode tanto ser transitório, ensejando atraso, ou de caráter definitivo, criando a possibilidade de rescisão contratual devido à impossibilidade material absoluta de cumprir as obrigações contratualmente previstas.

Caso ocorra a rescisão contratual, não será gerado sancionamento sob qualquer das partes contratuais, sendo garantida ao particular a remuneração correspondente à parcela do contrato já executada. Porém, caso a execução contratual permaneça possível mesmo após o evento de força maior ou caso fortuito, deve ocorrer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Ainda, é importante ressaltar que a força maior ou o caso fortuito apenas podem ser alegados como causas justificadoras da inexecução contratual e, posteriormente, como motivo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, caso não haja qualquer culpa ou contribuição do particular-contratante para colocar-se em situação de vulnerabilidade em relação ao evento fortuito ou de força maior.

Além dos eventos fortuitos e de força maior, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO ainda reconhece como evento ensejador de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro as sujeições imprevistas:

“Sujeições imprevistas são fatos de ordem material, que podiam já existir no momento da celebração do contrato, mas que eram desconhecidos pelos contratantes, é o caso de empreiteiro de obra pública que no curso da execução

⁹² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, p. 221

*do contrato esbarra em terreno de natureza imprevista que onera ou torna impossível a execução do contrato”.*⁹³

Apresentando conceituação similar, MARÇAL JUSTEN FILHO ainda destaca posteriormente a obrigatoriedade da sujeição imprevista compreender fato anterior à contratação, um pretérito desconhecido, porém apenas revelado em momento posterior:

*“As sujeições imprevistas são dificuldades materiais, exteriores à vontade das partes e imprevisíveis, que oneram a execução da prestação contratual”.*⁹⁴

Como exemplos de sujeições imprevistas, podem ser elencados: o encontro de um terreno rochoso, e não arenoso como previamente indicado pela Administração, numa obra pública e; a passagem subterrânea de canalização ou dutos não revelados no projeto em execução.⁹⁵

No caso de ocorrer agravo econômico proveniente de uma sujeição imprevista, é conferido ao particular-contratante o direito à indenização integral decorrente de possíveis prejuízos, obrigação estatal que decorre da descoberta de um novo encargo ao particular-contratante, encargo que não estava previsto no contrato firmado.

A figura da sujeição imprevista, apesar de não expressamente prevista pela Lei 8.666 como causadora de reequilíbrio econômico-financeiro, deve resultar na mesma solução jurídica àquela reservada para o fato superveniente, imprevisível ou de consequências incalculáveis, pois a revelação posterior à contratação de dificuldades materiais impossibilita a manutenção da relação originalmente estabelecida entre encargos e benefícios.

Neste sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que a sujeição imprevista esta sim abrangida pela legislação específica, devido à *“dicção ampla do sempre referido artigo 65, II, ‘d’, conforta igualmente esta hipótese de restauração da equação inicialmente estipulada”*,⁹⁶ referindo-se à Lei 8.666.

A sujeição imprevista, como evento que onera excessivamente a execução regular do contrato administrativo, porém que não se classifica como impeditivo de sua execução, possui a

⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 263

⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 526

⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 224

⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 646

recomposição da relação entre encargos e benefícios como a melhor solução para manter em vigência o contrato administrativo e possibilitar a sua execução integral.

Neste sentido, HELY LOPES MEIRELLES analisa o fundamento jurídico para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de sujeições imprevistas, porém ainda refere-se à tal como “interferências imprevistas”:

*“O fundamento jurídico para a recomposição de preços e dilação de prazos é o de que na comum intenção das partes, na celebração do contrato, não foram cogitadas as dificuldades, nem computados os custos extraordinários que a nova situação impõe”.*⁹⁷

3.3.2- Eventos externos aos contratos e estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável – Teoria da Imprevisão

A teoria da imprevisão é definida por HELY LOPES MEIRELLES:

*“A teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes”.*⁹⁸

A doutrina reconhece como origem da teoria da imprevisão a cláusula *rebus sic stantibus*, segundo a qual *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebuc sic stantibus*, traduzido por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO como:

*“Os contratos que têm duração sucessiva e são dependentes de fatos futuros devem ser cumpridos se as coisas permanecerem como estavam no momento da celebração”.*⁹⁹

Esta cláusula, baseada em razões de equidade e que busca manter a noção de sinalagma, possui como finalidade conceder aos contratos de prestações sucessivas a mobilidade necessária que possibilite a alteração de encargos e benefícios contratuais caso alterada a realidade fática pela ocorrência de circunstâncias excepcionais.

⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, p. 224

⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Idem, p. 220

⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 102

RENATO JOSÉ DE MORAES interpreta a cláusula *rebus sic stantibus* como uma disposição que permite a revisão contratual em face de fatos que desequilbrem o equilíbrio inicialmente pactuado:

*“Os contratos de execução periódica, continuada ou simplesmente diferida, podem ser, ou revisados, com o reajustamento das prestações, ou simplesmente resolvidos, devido à ocorrência de um fato superveniente, imprevisível para as partes, que desequilibrou a relação contratual de maneira grave”.*¹⁰⁰

A cláusula *rebus sic stantibus* foi inicialmente utilizada no direito francês em decisão administrativa proferida pelo Conselho de Estado Francês. Em decisão nomeada *Gaz de Bordeaux*, proferida em 30 de março de 1916, a jurisdição administrativa francesa julgou de maneira favorável em relação ao aumento do preço de gás previamente fixado no contrato de concessão, fundamentada pela impossibilidade de um concessionário arcar com a totalidade dos prejuízos decorrentes de imprevisível acréscimo nos encargos do particular-contratante.

Esta decisão foi baseada no fato de que a empresa requerente, a *Companie Générale D'éclairage de Bordeaux*, devido aos imprevisíveis transtornos e dificuldades impostos pela primeira Guerra Mundial, sofreu o impacto direto da inflação do preço da tonelada de carvão, que subiu de 35 francos para 117 francos em março de 1916. Decisão esta que veio em encontro com velhos dogmas contratuais, como a imutabilidade das obrigações pactuadas.

Após a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* em juízo pelo Conselho de Estado Francês, em decisão guiada pelo princípio da continuidade do serviço público, a doutrina administrativista francesa desenvolveu a teoria da imprevisão.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO analisa a conexão entre a cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão:

“O advento da primeira Guerra Mundial fez renascer o velho e salutar preceito contido na cláusula rebus sic stantibus. Reaparacendo com roupagem nova, sob as vestes de ‘teoria da imprevisão’. Esforça-se em que a ocorrência de fatos imprevisíveis, anormais, alheios à ação dos contraentes, e que tornam o

¹⁰⁰ MORAES, Renato José de. *Cláusula rebus sic stantibus*, p. 270

*contrato ruinoso para uma das partes, acarreta situação que não pode ser suportada unicamente pelo prejudicado”.*¹⁰¹

A teoria da imprevisão prevê a ocorrência de alterações econômicas imprevisíveis e seu impacto em contratos de longa duração. De acordo com esta teoria, o impacto econômico decorrente de determinados fatos na execução contratual pode inviabilizar ao particular-contratante a sua execução de acordo com os termos inicialmente acordados, acarretando em perdas financeiras para o particular-contratante e enriquecimento ilícito da outra parte contratual.

A teoria da imprevisão, inicialmente desenvolvida pelo direito francês, recebeu novas características ao ser adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Com o conhecimento de que a teoria da imprevisão não deveria ser aplicada apenas em resposta a fenômenos esporádicos, o direito brasileiro passou a utilizá-la como instrumento eficiente para garantir integralmente o equilíbrio econômico-financeiro originalmente pactuado.

A legislação brasileira, através da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, prevê o restabelecimento da equação econômico-financeira caso ensejada a aplicação da teoria da imprevisão. De acordo com o artigo 65, inciso II, alínea ‘d’ da Lei 8.666/93:

“Artigo 65 – Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II – Por acordo das partes;

*d) Para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na **hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual**”.*

¹⁰¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, p. 652

HELY LOPES MEIRELLES teoriza que, ainda que não previsto por disposição legal, como ocorre atualmente com o artigo supracitado, o equilíbrio econômico-financeiro pode ser determinado pelo Poder Judiciário ou pela Administração Pública:

*“A revisão dos contratos e de seus preços, pela aplicação da teoria da imprevisão, pode ser determinada por norma legal para todos os contratos de uma certa época e para certos empreendimentos, como pode ser concedida pelo Judiciário ou pela própria Administração”.*¹⁰²

De acordo com MARÇAL JUSTEN FILHO, a teoria da imprevisão apenas é aplicada quando ocorre a conjugação de quatro pré-requisitos, sendo estes: imprevisibilidade do evento ou incalculabilidade de seus efeitos; inimputabilidade do evento às partes; grave modificação das condições do contrato e; ausência de impedimento absoluto.¹⁰³

De acordo com os requisitos apresentados, o evento que resulte na aplicação da teoria da imprevisão deve ser imprevisível ou de efeitos incalculáveis, de grave repercussão contratual, inimputável a qualquer das partes e que não gere impedimento absoluto. A imprevisibilidade dos eventos é analisada por JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS:

*“Evento imprevisível, na acepção técnica e para o fim de aplicação da teoria da imprevisão, é aquele que ultrapassa todas as possibilidades de cálculo que as partes poderiam ter feito, e excede qualquer limite de previsibilidade exigível quando da formalização do contrato”.*¹⁰⁴

O quarto pré-requisito apresentado, a ausência de impedimento absoluto, requer que permaneça possível a execução do contrato. Neste sentido, MARIA WALQUÍRIA BATISTA DOS SANTOS reforça o dever do particular-contratante em não interromper a execução contratual, pela observância ao princípio da continuidade do serviço público:

“A princípio, não é dado à parte contratada eximir-se de executar o contrato. Em relação aos contratos de prestação de serviço, a doutrina é unânime em

¹⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, p. 221

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, p. 523

¹⁰⁴ SANTOS, José Anacleto Abduch. Idem, p. 172

*defender a não paralisação, haja vista que não se pode esquecer o princípio da continuidade dos serviços públicos”.*¹⁰⁵

Caso não presente um dos pressupostos necessários para a aplicação da teoria da imprevisão e o reconhecimento pelo Judiciário que o evento pertence à álea ordinária, a recomposição do equilíbrio econômico-financeira não é devida ao particular-contratante, de acordo com decisões do Superior Tribunal de Justiça:

*“1. O aumento salarial determinado por dissídio coletivo de categoria profissional é acontecimento previsível e deve ser suportado pela contratada, não havendo falar em aplicação da Teoria da Imprevisão para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Precedentes do STJ”.*¹⁰⁶

“5. Não se mostra razoável o entendimento de que a inflação possa ser tomada, no Brasil, como álea extraordinária, de modo a possibilitar algum desequilíbrio na equação econômica do contrato, como há muito afirma a jurisprudência do STJ.

*6. Não há como imputar as aludidas perdas a fatores imprevisíveis, já que decorrentes de má previsão das autoras, o que constitui álea ordinária não suportável pela Administração e não autorizadora da Teoria da Imprevisão. Caso se permitisse a revisão pretendida, estar-se-ia beneficiando as apeladas em detrimento dos demais licitantes que, agindo com cautela, apresentaram proposta coerente com os ditames do mercado e, talvez por terem incluído essa margem de segurança em sua proposta, não apresentaram valor mais atraente”.*¹⁰⁷

¹⁰⁵ SANTOS, Maria Walquíria Batista dos. *A teoria da imprevisão e os contratos administrativos. Estudos sobre a lei de licitações e contratos*, p. 197

¹⁰⁶ STJ, AgRg no Resp 417.989/PR, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. Em 05/03/2009, publicado em 24/03/2009

¹⁰⁷ STJ, Resp 744.446/DF, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, j. Em 17/04/2008, publicado em 05/05/2008

“1. A conversão da moeda em URV de que trata a Lei n. 8.880/94 não se apresenta como extorsiva ou exorbitante a justificar a excepcionalidade da Teoria da Imprevisão.

*2. O aumento salarial a que está obrigada a contratada por força de dissídio coletivo não é fato imprevisível capaz de autorizar a revisão contratual de que trata o art. 65 da Lei n. 8.666/93”.*¹⁰⁸

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO reforça o entendimento apresentado por Marçal Justen Filho e pelas decisões proferidas pelo STJ, e também descarta a aplicação da teoria da imprevisão caso ausente os pré-requisitos necessários:

*“Se for fato previsível e de consequências calculáveis, ele é suportável pelo contratado, constituindo álea econômica ordinária; a mesma conclusão, se se tratar de fato que o particular pudesse evitar, pois não será justo que a Administração responda pela desídia do contratado; só o desequilíbrio muito grande, que torne excessivamente onerosa a execução para o contratado, justifica a aplicação da teoria da imprevisão...”.*¹⁰⁹

Como previamente analisado, a aplicação da teoria da imprevisão e a subsequente recomposição do equilíbrio econômico-financeiro apenas devem ser aplicadas caso ocorra um evento extraordinário da álea econômica.

Em adição à ruptura econômico-financeira gerada devido à variação cambial, hipótese que será analisada em capítulo próprio, a doutrina pátria ainda apresenta outras hipóteses fáticas que resultam na quebra do equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecido.

CAIO TÁCITO, ao analisar os eventos econômicos extraordinários que resultam na aplicação da Teoria da Imprevisão, conclui que tais eventos são principalmente fenômenos de instabilidade econômico-social:

“Os fenômenos de instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do estado de

¹⁰⁸ STJ, Resp 650.613/PR, 2ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. Em 23/10/2007, publicado em 23/11/2007

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 104

imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas consequências”.¹¹⁰

MARÇAL JUSTEN FILHO, em seu livro intitulado *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, apresenta um rol exemplificativo destes eventos econômicos extraordinários e seus reflexos práticos:

“Assim, a crise econômica poderá produzir uma extraordinária elevação de preço de determinados insumos; uma greve poderá acarretar a impossibilidade de fabricação dos produtos; uma crise internacional poderá acarretar a impossibilidade de fabricação dos produtos; uma crise internacional poderá provocar elevação extraordinária dos preços dos combustíveis; etc”.¹¹¹

A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, nos moldes originalmente pactuados, é apresentada como solução em face de diversos eventos que alterem a relação entre os encargos e benefícios repartidos em um contrato administrativo. No caso dos eventos extraordinários da álea econômica, será analisada abaixo a compreensão doutrinária e jurisprudencial em face da quebra da equação econômico-financeiro resultante de variação cambial.

¹¹⁰ TÁCITO, Caio. Artigo: *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, p. 209

¹¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 717

PARTE 4 – EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO EM FACE DA VARIAÇÃO CAMBIAL

4.1 – Desvalorização Cambial e a Ruptura do Equilíbrio Econômico-Financeiro

Ao final do capítulo anterior, ao realizarmos a análise sobre a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de evento da álea econômica, fica claro que os eventos da álea econômica, em adição aos eventos da álea administrativa, completam o rol de eventos extraordinários que ensejam na recomposição do equilíbrio econômico-financeiros dos contratos administrativos.

Analizamos posteriormente a teoria da imprevisão, definida por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO como *“todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado”*.¹¹²

A teoria da imprevisão é aplicada quando eventos econômicos imprevisíveis ou de efeitos incalculáveis, de grave repercussão contratual, imputável a qualquer das partes contratuais e que não gere impedimento de execução contratual alteram significativamente a relação entre encargos e benefícios pactuadas originalmente em um contrato administrativo.

Caso seja identificada a alteração do equilíbrio econômico-financeiro em face de qualquer evento econômico que tenha em sua natureza os pré-requisitos acima apresentados, torna-se dever da Administração realizar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro originalmente pactuado.

Como evento econômico que possui todos os pré-requisitos acima apresentados, a desvalorização cambial é responsável pelo desequilíbrio causado em inúmeros contratos administrativos no período recente, especialmente durante a maxidesvalorização da moeda Real em janeiro de 1999.

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 282

A taxa de câmbio pode ser conceituada como o preço de uma unidade monetária de uma moeda em unidades monetárias de outra moeda, ou seja, é um índice definido pelo preço de uma unidade monetária estrangeira em unidades monetárias de moeda nacional.¹¹³

A desvalorização cambial, conseqüentemente, ocorre quando a taxa de câmbio é alterada resultando na queda do valor de uma moeda em relação a outra moeda analisada. No caso do Brasil, é utilizada a taxa de câmbio entre o Real brasileiro e o Dólar norte-americano. Logo, a desvalorização cambial resulta na queda do valor do Real em relação ao Dólar, gerando assim o aumento no preço do Dólar norte-americano.

Como reflexos diretos e cotidianos da desvalorização do Real, os produtos importados que são vendidos ao mercado brasileiro baseados no Dólar norte-americano, como ocorre com a ampla maioria das exportações e importações realizadas no cenário atual da economia mundial, sofrem um encarecimento, resultando na inflação de preços para o importador brasileiro.

Logo, estabelece-se uma relação direta e inevitável entre a desvalorização do Real e a inflação de preços dos produtos importados baseados no Dólar. Assim, os produtos importados tornam-se mais caros no mercado interno nacional.

A desvalorização cambial, conseqüentemente, é enquadrada pela doutrina e jurisprudência pátria como um evento econômico pertencente à álea extraordinária. Isto porque, além de sua natureza econômica, é reconhecida como evento extraordinário devido à presença dos pré-requisitos previamente estipulados.

O primeiro pré-requisito superado é a *“imprevisibilidade do evento ou incalculabilidade de seus efeitos”*. A desvalorização cambial, conforme artigo publicado por LUIZ CARLOS BRESSER GONÇALVES PEREIRA, que já ocupou o posto de Ministro da Fazenda durante o governo José Sarney (1985-1990) e de Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado durante o primeiro mandato do governo Fernando Henrique Cardoso (1995-1998), pode ocorrer em resposta a três diferentes medidas governamentais:

“Se se configurar uma situação de sobrevalorização, existem três possibilidades de se alcançar uma desvalorização cambial real, que restaure a competitividade do país:

¹¹³ http://pt.wikipedia.org/wiki/Taxa_de_c%C3%A2mbio

*Primeiro, diretamente, elevando-se o preço de compra da moeda estrangeira(...); segundo, promovendo-se o ajuste fiscal que permita a redução dos preços dos bens não-comercializáveis em relação aos bens comercializáveis(...); e, terceiro, alcançando-se um aumento da produtividade superior ao dos concorrentes internacionais de forma que caia o preço dos bens não-comercializáveis em relação aos comercializáveis e, portanto, aos preços externos”.*¹¹⁴

Apesar de poder ser considerada como um evento previsível, dependendo de análises econômicas atualizadas e bem sucedidas, a desvalorização cambial produz efeitos incalculáveis. Como exemplo recente em nossa realidade político-econômica, a maxidesvalorização do Real de 1999, que ocorreu de maneira considerada pela maior parte da doutrina e jurisprudência como imprevisível tendo em vista a situação observada no período anterior ao processo eleitoral de 1998, além de resultar na elevação da cotação do Dólar, que no início de 1999 estava em R\$ 1,32, para o elevadíssimo valor do final de 2002, quando encontrava-se em R\$ 3,75.

O segundo pré-requisito que deve ser analisado é a *“inimputabilidade do evento às partes”*. Como analisado, a desvalorização cambial decorre como reflexo de diferentes medidas governamentais em face da realidade macroeconômica. Apesar de tais atos governamentais serem realizados pelos mais elevados postos da hierarquia governamental federal, a desvalorização cambial e seus efeitos imprevisíveis não podem ser imputáveis ao Governo Federal, pois a alteração de políticas econômicas, como a política cambial, possui como função amenizar possíveis efeitos negativos gerados por crises econômicas internacionais e otimizar a situação nacional.

Logo, não podem ser atribuídos como imputáveis ao particular-contratado nem mesmo à Administração Pública que figura como parte do contrato administrativo, pois ambas partes não possuem qualquer relação direta com a desvalorização cambial.

O terceiro pré-requisito superado é a *“grave modificação das condições do contrato”*. Ao considerarmos particulares-contratantes que utilizam direta ou indiretamente produtos importados para a execução de contratos administrativos de longa duração, e que baseiam-se na taxa cambial para apresentar uma proposta atraente e economicamente viável, conclui-se que a desvalorização cambial de

¹¹⁴ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *As três formas de desvalorização cambial*. Revista de Economia Política, vol. 17, número 1, janeiro-março de 1997. p. 143/144

maneira imprevisível ou de efeitos incalculáveis resulta em grave modificação das condições do contrato, através da elevação do custo para o particular-contratante arcar com seus encargos.

Finalmente, analisamos o quarto e último pré-requisito para a aplicação da Teoria da Imprevisão, que é a *“ausência de impedimento absoluto”*.

A elevação do custo da execução contratual para o particular-contratante indiscutivelmente gera um desconforto econômico e dificulta a execução contratual, mas não deve ser considerado como causador de impedimento absoluto. É exatamente com o auxílio da Administração, que através de diferentes medidas recompõe o equilíbrio econômico-financeiro originalmente fixado, que o particular-contratante re-estabelece a viabilidade econômica de sua execução contratual, demonstrando que a desvalorização cambial não possui qualquer natureza de impedimento absoluto.

Atendendo aos quatro pré-requisitos previamente estabelecidos, torna-se inegável a caracterização da desvalorização cambial como evento econômico extraordinário, que deve resultar na aplicação da Teoria da Imprevisão e consequente recomposição econômico-financeira por parte do Poder Judiciário ou através da Administração Pública.

Como exemplo da interpretação do Poder Judiciário sobre a desvalorização cambial, reporta-se ao acórdão abaixo reproduzidos, promulgado pelo Superior Tribunal de Justiça em resposta ao desequilíbrio econômico-contratual decorrente da maxidesvalorização do Real de 1999:

“CONTRATO ADMINISTRATIVO. EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO VÍNCULO. DESVALORIZAÇÃO DO REAL. JANEIRO DE 1999. ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA REFERENTE AO PREÇO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO E FATO DO PRÍNCIPE.

1. A NOVEL CULTURA ACERCA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO ENCARTA, COMO NUCLEAR NO REGIME DO VÍNCULO, A PROTEÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO NEGÓCIO JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO, ASSERTIVA QUE SE INFERE DO DISPOSTO NA LEGISLAÇÃO INFRALEGAL ESPECÍFICA (ARTS. 57 § 1º, 58, §§ 1º e 2º, 65, II, d, 88 § 5º e 6º, da Lei 8.666/93).

DEVERAS, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, AO INSCULPIR OS PRINCÍPIOS INTRANSPONÍVEIS DO ART. 37 QUE ILUMINAM A ATIVIDADE DA

ADMINISTRAÇÃO À LUZ DA CLÁUSULA MATER DA MORALIDADE, TORNA CLARA A NECESSIDADE DE MANTER-SE ESSE EQUILÍBRIO, AO REALÇAR AS CONDIÇÕES EFETIVAS DA PROPOSTA’.

2. O EPISÓDIO OCORRIDO EM JANEIRO DE 1999, CONSUBSTANCIADO NA SÚBITA DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA NACIONAL (REAL) FRENTE AO DÓLAR NORTE-AMERICANO, CONFIGUROU CAUSA EXCEPCIONAL DE MUTABILIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, COM VISTA À MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS PARTES.

3. ROMPIMENTO ABRUPTO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE DE INÍCIO DA EXECUÇÃO COM A PREVENÇÃO DE DANOS MAIORES (AD IMPOSSIBILIA NEMO TENETUR)

4. PREVENDO A LEI A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DO CUMPRIMENTO DO CONTRATO PELA VERIFICAÇÃO DA EXCEPTIO NON ADIMPLENT CONTRACTUS IMPUTÁVEL À ADMINISTRAÇÃO, A FORTIORI, IMPLICA ADMITIR SUSTAR-SE O ‘INÍCIO DA EXECUÇÃO’, QUANDO DESDE LOGO VERIFICÁVEL A INCIDÊNCIA DA ‘IMPREVISÃO’ OCORRENTE NO INTERREGNO EM QUE A ADMINISTRAÇÃO POSTERGOU OS TRABALHOS. SANÇÃO INJUSTAMENTE APLICÁVEL AO CONTRATADO, REMOVIDA PELO PROVIMENTO DO RECURSO.

*5. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO”.*¹¹⁵

CONCLUSÃO

A intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro em face de inúmeros eventos que possuem o potencial de alterar significativamente a equação entre encargos e benefícios de um contrato administrativo é um direito constitucional que garante segurança jurídica ao particular empresário durante a execução de um contrato administrativo.

Enquanto atua como parceiro da Administração Pública, o particular contratante muitas vezes é responsável pela prestação de serviços públicos constitucionalmente garantidos pelo Estado aos cidadãos, ou opera uma obra de grande necessidade para o desenvolvimento econômico e de infra-

¹¹⁵ RMS 15.154/PE, 1ª T., relator Min. Luiz Fux, julgado em 19-11-2002, publicado em 02-12-2002

estrutura nacional. Desta maneira, o Estado deve considerar o particular contratado como um parceiro e meio de assegurar direitos e melhorar diferentes condições para seus cidadãos.

Este princípio facilita a conjugação dos interesses públicos e particulares em uma relação jurídica contratual, tratando estes interesses não como antagônicos e de impossível articulação, mas como complementares e facilitadores da prestação de serviços públicos e outros direitos constitucionais.

Com a proteção estatal em face de determinados eventos que resultem na desestabilização do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado, como ocorre com a desvalorização cambial, o particular-contratante encontra-se assistido pela Administração Pública contra uma variedade de incertezas.

Conforme é retratado diariamente em qualquer agência de informações e meios de comunicação, uma variedade de eventos internacionais que ocorrem sem qualquer interferência do governo brasileiro, como crises financeiras na Ásia ou escândalos corporativos norte americanos, afetam diretamente a atividade empresarial de milhões de brasileiros.

No caso de particulares-contratantes que prestam serviços públicos ou executam obras em parceria com a Administração Pública, como através de concessões ou permissões, o Estado deve conceder proteção aos particulares, evitando assim que particulares arquem de maneira solitária com prejuízos decorrentes de variações cambiais.

Com a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro originalmente pactuado, a Administração Pública tem o poder-dever de recompor esta equação entre os encargos e benefícios prestados na relação jurídica contratual.

E, como previsto implicitamente pela Constituição Federal, artigo 37, inciso XXI, a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeira deve se interpretada e aplicada da maneira mais ampla possível, concedendo real segurança jurídica ao particular-contratante e buscando efetivar a prestação de direitos constitucionais e de serviços públicos essenciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. 3ª edição. Milão: Editora Giuffrè. 1960

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2003

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 5ª Edição. Curitiba. Editora Saraiva. 2009

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª Edição. São Paulo. Editora Malheiros. 2010

BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Fórum. 2008.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Alteração dos Contratos Administrativos*. Tese de Doutorado em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 1996

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *As Três Formas de Desvalorização Cambial*. *Revista de Economia Política*. Volume 17, Número 1. São Paulo. 1997

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2006

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª Edição. São Paulo. Editora Atlas. 2010

_____. *O Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos. Artigo: O Equilíbrio Econômico-Financeiro e o Controle das Agências Reguladoras*. Brasília. Editora ISC-TCU. 2002

_____. *Parcerias na Administração Pública*. 7ª Edição. São Paulo. Editora Atlas. 2009

GASPARINI, Diógenes. *Reequilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato*. *Boletim de Licitações e Contratos*. Volume 7. São Paulo: Editora. 2001.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 22ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2010

_____. *Algumas Considerações Acerca das Licitações em Matéria de Concessões de Serviço Público. Direito do Estado – Novos Rumos*. São Paulo: Editora Max Limonad. 2001

_____. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Dialética. 2003

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Editora Dialética. 2008

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2002.

_____. *Licitação e Contratos Administrativos*. 14ª edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2001

MORAES, Renato José de. *Cláusula rebuc sic stantibus*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2001

PEQUIGNOT, Georges. *Théorie Générale du Contract Administratif*. Paris: Editora A. Pedone. 1945

RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 14ª edição. Paris: Editora Dalloz. 1992

ROCHA, Cármem Lucia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo. Editora Saraiva. 1996

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Editora Almedina. 1998.

SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos de Concessão de Serviços Públicos: Equilíbrio Econômico-Financeiro*. 1ª Edição. Curitiba: Editora Juruá. 2002

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros. 1995

SANTOS, Maria Walquíria Batista dos. *Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos. Artigo: A Teoria da Imprevisão e os Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária. 1997.

TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres). Artigo: O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público*. Volume 1. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 1997

WALD, Arnold. *Revista de Direito Administrativo. Artigo: Renascimento do Instituto da Concessão*. Volume 171. Rio de Janeiro: Editora Atlas. 1998